CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELL'ADOZIONE E DELLA PATRIA POTESTÀ

CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

FRANCESCO SAVERIO BIANCHI

Professore emerito di Diritto civile
già Presidente del Consiglio di Stato, Senatore del Regno

DELL'ADOZIONE E DELLA PATRIA POTESTÀ

SPIEGAZIONE DEI TITOLI VII E VIII DEL LIBRO I

Seconda edizione ampliata

VOLUME SETTIMO

Dell'Adozione e della Patria Potestà

(Spiegazione dei Titoli VII e VIII, Libro I)

UNIONE
TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

TORINO — Corso Raffaello, 28

NAPOLI — ROMA — MILANO

1909

Titolo VII

DELL' ADOZIONE

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 1. Cenni storici. — 2. Considerazioni generali sul merito di questa istituzione. — 3. Principali differenze tra il codice Italiano e le legislazioni anteriori in questa materia. — 4. Il contratto, formato dal consenso dell'adottante e dell'adottato, è base essenziale dell'adozione. — 5. Solennità di cui la legge richiede tuttavia l'adempimento. — 6. Se basti il consenso delle parti, o richiedasi l'eseguimento delle predette solennità o d'alcuna di esse, per poter dire perfetta nell'essenza sua l'adozione. — 7. Irrevocabilità dell'adozione quando ne sia giuridicamente perfetta la formazione. — 8. Divisione generale della materia.

1. L'adozione è una tra le istituzioni giuridiche che rimontano a tempi più remoti. Presso gli antichi popoli essa però od ebbe un carattere veramente politico, od anche considerata come semplice istituzione di diritto privato, risentì più di qualunque altra l'influenza dei principii fondamentali di diritto pubblico nello Stato. Così in diritto romano essa fu potente elemento della famiglia; il cui carattere tutto particolare ed artificiale contribuiva in tanta parte alla vigoria degli ordinamenti pubblici. Esclusi dalla classe degli *agnati* tutti i parenti della linea materna e una parte di quelli della linea paterna, poteva accadere che rimanesse senza parentela civile chi pure avesse dei parenti naturali: donde l'opportunità e quasi la necessità dell'adozione, da cui derivava la creazione d'una parentela fittizia, recante però, per benefizio di legge, tutti gli effetti civili d'una vera parentela. Ed anche quando, per le innovazioni introdotte dalla legislazione Giustinianea, quella specie di adozione

che si disse *imperfetta* (*adoptio minus plena*) lasciò alla persona *alieni iuris*, data in adozione ad un estraneo, tutti i rapporti giuridici ordinari colla propria famiglia naturale, e limitò i suoi effetti nel conferire all'adottato il diritto di succedere *ab intestato* al padre adottivo, e, nel trasmettergliene il nome, non cessò per questo la istituzione di ritrarre dall'organizzazione caratteristica della famiglia in diritto romano una fisionomia tutta speciale, che non presenta cogli ordinamenti odierni veruna analogia. In Italia fu conservata l'adozione sotto l'impero del diritto comune; e quando v'ebbe vigore il codice Napoleone vi si mantenne ancora, assumendo però caratteri assai differenti.

Nell'antico diritto Francese l'adozione non era ammessa; ed anzi in alcuni dei paesi che reggevansi a *diritto scritto* ne era espressamente dichiarata l'esclusione. L'uso però aveva introdotta una maniera di disporre che suppliva in parte all'adozione; e consisteva nelle *istituzioni contrattuali o testamentarie, subordinate alla condizione che l'istituito o il donatario prendesse il nome e portasse i titoli e le distinzioni del testatore o donante.* Lo spirito di imitazione, allora in voga, delle istituzioni repubblicane di Roma indusse l'assemblea legislativa a decretare nella seduta 18 gennaio 1792 che tra le nuove leggi civili che volevansi dare alla Francia avessero a comprendersi le disposizioni relative all'adozione. E sebbene i progetti successivamente presentati per regolare questa materia non avessero mai acquistato forza di legge, pure il principio stabilito dall'assemblea fu rispettato, e leggi e decreti intervennero che lo supponevano in pieno vigore. E da ultimo furono emanate disposizioni transitorie per regolare gli effetti delle adozioni fatte nell'intervallo. — Quando si discusse davanti al Consiglio di Stato il codice Napoleone, le opinioni erano ben lungi dal trovarsi d'accordo circa il mantenimento dell'adozione; essa anzi non era in origine compresa nel progetto, e vi fu introdotta solo in seguito alle osservazioni presentate in proposito dalla Corte di cassazione e da alcune Corti d'appello. Avvennero

discussioni vivacissime. Il primo console manifestò da principio idee grandiose, ma dispotiche e soverchianti come il suo genio. L'adozione, di cui egli era sostenitore ardentissimo, doveva essere, secondo lui, un'imitazione perfetta della natura; doveva sostituire alla paternità naturale una fittizia, e far prevalere questa a quella. E a chi gli obbiettava l'impossibilità d'imporsi in questo modo alla natura, lottando contro i sentimenti più invincibili del cuore umano, rispondeva egli che " *gli uomini hanno i sentimenti che loro s'inculcano* „ e che formando per tempo quelli dell'adottato, poteasi giungere a fargli preferire il padre adottivo al padre naturale. Altrimenti, soggiungeva, *l'adozione non sarebbe più che una semplice istituzione d'erede*, ed in tal caso sarebbe inutile lo stabilirla. Quando però, dopo una lunga interruzione, furono riprese le discussioni al Consiglio di Stato, anche il primo console aveva notevolmente modificate le sue idee. L'adozione dovevasi ridurre ad *una semplice trasmissione di nome e di beni;* e tuttavia importava di conservarla come un mezzo per l'adottante di apprestarsi consolazioni ed appoggio nella vecchiezza, e per l'adottato come una beneficenza, che giovava eziandio a preparare migliori cittadini allo Stato. Prevalendo questi concetti, fu abbandonata affatto la massima precedentemente proposta, che *l'adottato dovesse escire dalla propria famiglia, per entrare in quella dell'adottante ed appartenerle in tutti i gradi sì di linea retta che collaterale.*

Le posteriori legislazioni d'Italia mantennero l'adozione, senza che però si ritornasse mai alla massima preindicata, che era stata in progetto pel codice Francese, ma che da esso pure era stata respinta; chè anzi in tutti questi codici si ebbe cura di dichiarare espressamente che il figlio adottivo non perdesse i diritti della propria famiglia, nè acquistasse rapporti giuridici quali che fossero colle persone appartenenti alla famiglia dell'adottante. Limitando però gli effetti dell'adozione ai soli rapporti tra l'adottante e l'adottato, alcune di quelle legislazioni restringevano tali

rapporti solo alla trasmissione del nome dell'adottante allo adottato, al diritto ed alla obbligazione reciproca tra essi degli alimenti, ed ai diritti successorii (codice pel regno delle Due Sicilie, art. 271 al 276; cod. Albertino, art. 196 al 201); mentre altre stabilivano inoltre che l'adottato minore di età cessasse d'essere soggetto alla potestà del padre suo naturale per passare sotto quella dell'adottante (codice Austriaco, §§ 182 e 183; codice Parmense, art. 147 al 150; cod. Est., art. 184 al 187).

Nel progetto del nuovo codice per l'Italia, il Ministro proponente aveva soppressa l'adozione, accusandola di *trarre la sua origine dal concetto aristocratico;* d'essere stata, sotto le legislazioni fino allora in vigore, *rare volte recata in atto e sempre circondata da sospetti;* di non essere razionale, perchè *altera lo stato vero degl'individui e falsa la natura, che la ragion civile può moderare ma non corrompere;* di *aprire l'adito a violare la legge, che impedisce di legittimare la prole della quale non è ammesso il legale riconoscimento;* di *collocare accanto alla famiglia legittima una famiglia fittizia e il più delle volte accumulare gelosie, odii e rancori* (1).

Alla Commissione senatoria non parvero questi motivi sufficienti per abolire una istituzione tanto antica nella legislazione civile italiana, per quanto ne fosse stato poco frequente l'uso. Parve ingiusto il rimproverarle una origine aristocratica, mentre fu principalmente nelle repubbliche che venne praticata, e fu vista venir meno coll'estendersi del sistema feudale. Si considerò l'adozione come sorgente di conforto per l'adottante, come atto di beneficenza verso l'adottato; e nel primo aspetto fu reputato sconveniente di abbandonare *una invenzione pietosa della legge, destinata a colmare un vuoto che una sorte avara od avversa lascia non di rado nella vita dell'uomo;* nel secondo si giudicò che fosse *improvvido consiglio l'avvalorare l'accusa di freddo egoismo, che si muove agli uomini del nostro secolo,*

(1) V. Relaz. Pisanelli, pag. 16 e 17.

collo spegnere una istituzione filantropica, la quale nutre ed avviva i più nobili sentimenti di generosità e di beneficenza. All'accusa d'irrazionale mossa all'adozione, si rispose che *essa non altera, non falsa, ma favoreggia e supplisce la natura.* Al pericolo che essa *serva ad eludere il divieto del riconoscimento di riprovate filiazioni,* si stimò di potere ovviare col proibire ai genitori di adottare i figli nati da essi fuori di matrimonio; osservando che, se la paternità o maternità naturale di chi vuole adottare sarà conosciuta od anche solo sospettata, non si farà luogo all'adozione; e nel caso che ciò avvenisse, il che sarà pure molto raro, non sarà ad ogni modo da lamentarsi che, senza scandalo pubblico, il figlio illegittimo trovi questo mezzo di riparazione al misero stato in cui senza sua colpa si trova.

Ripristinata così nel progetto di codice l'adozione, non era più lecito, davanti alla Commissione coordinatrice, il farne questione; trattandosi d'uno di quei principii direttivi a cui le facoltà concesse al Governo dalla legge del 2 aprile 1865 non permettevano d'immutare. E ciò fu avvertito nelle discussioni avvenute davanti alla Commissione predetta (1).

2. Sentendo tutt'altro che propensione alla trista compiacenza di cercare argomenti di censura contro le leggi esistenti, intenti anzi sempre a studiarne il lato migliore, per trovare ragioni che convincano della loro bontà e conciliino ad esse rispetto, non possiamo tuttavia astenerci dal presentare qualche osservazione intorno alla lotta che finì col riammettere l'adozione, che era stata cancellata dal progetto ministeriale. E poichè, per giudicare della bontà di una istituzione, non basta considerarla in astratto, ma è indispensabile l'avere riguardo al modo in cui è regolata nelle sue parti essenziali e fondamentali dal diritto positivo, ci occorrerà di doverci riferire anticipatamente ad alcuni

(1) V. Proc. verb., n. 12, § IX, pag. 141.

di quei principii direttivi, dei quali daremo qualche dimostrazione nel numero successivo. Come già prima d'ora avemmo occasione di accennare, la nostra legislazione proscrisse affatto il concetto che l'adozione avesse a produrre per l'adottato un cangiamento di famiglia. Egli non perde nessuno dei rapporti giuridici che lo legano alla sua famiglia naturale, ma conserva verso di essa tutti i suoi diritti e doveri, come se l'adozione non fosse avvenuta. Egli poi non contrae verun rapporto civile colla famiglia dell'adottante, come questi non ne contrae colla famiglia dell'adottato. I diritti e le obbligazioni che nascono dall'adozione sussistono unicamente tra l'adottante e l'adottato (art. 212 cod. civ.): e consistono nel dovere quest'ultimo assumere il cognome dell'altro e aggiungerlo al proprio; nell'essere tenuto l'adottante a continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato; nell'essere essi vincolati reciprocamente dall'obbligo di somministrare l'uno all'altro gli alimenti in caso di bisogno; nei diritti dell'adottato di succedere *ab intestato* all'adottante e d'avere una quota riservatagli nella successione testamentaria (art. 210, 211, 737, 806 cod. civ.). Per impedire poi che l'adozione serva ad eludere la legge, che vieta anche il semplice riconoscimento de' figli adulterini o incestuosi, e serva a costituirli in una condizione giuridica che si volle assomigliare in qualche parte a quella dei figli legittimi; o ad eludere in qualche guisa l'altra legge che stabilisce le condizioni sotto le quali possono essere legittimati i figli naturali, evitando specialmente di contrarre il matrimonio a cui il legislatore volle spingere colla maggiore possibile efficacia i genitori; fu dichiarato espressamente: che " i " figli nati fuori di matrimonio non possono essere adottati " dai loro genitori „ (art. 205 cod. civ.). E poichè la Corte d'appello ha la missione di verificare " *se tutte le condizioni* " *della legge siano state adempite* „ (art. 215 n. 1° cod. civ.) e deve pronunciare sul farsi o non farsi luogo all'adozione, giovandosi delle informazioni assunte, senza formalità di procedura e senza esprimere i motivi (art. 216 cod. civ.),

anche il semplice sospetto della paternità o maternità naturale di chi vorrebbe adottare, potrà pertanto essere sufficiente perchè l'adozione non abbia luogo, come ottimamente avvertiva il Relatore della Commissione Senatoria.

Ora è dell'adozione così ordinata dalla nostra legislazione che bisogna indagare se essa corrisponda abbastanza agli scopi pei quali è istituita; scopi di conforto alla vecchiezza di coloro a cui la sorte negò figli o li tolse, e di beneficenza rispetto agli adottati.

Alla trasmissione del nome niuno oggidì vorrebbe per certo attribuire troppa importanza. Un nome illustre, tramandato naturalmente per le relazioni del sangue, onora solo chi colla virtù delle opere sappia mostrarsene degno; e forma allora una bella e legittima compiacenza anche per chi lo trasmette. Ma un nome dato e preso da estraneo ad estraneo non potrebbe di per sè significare altro che una illusione di vanità. Pure, se a taluno questa illusione piaccia, non è necessario per soddisfarvi di ricorrere allo istituto dell'adozione, essendo stabiliti i modi con i quali si possa aggiungere altro nome o cognome al proprio, ovvero cambiarlo (art. 119-124 del r. decreto 15 novembre 1865, n. 2602). Non è per altro nella comunicazione del cognome dell'adottante, che sia riposta quella consolazione, che si vorrebbe procurare a lui, giunto a vecchiezza, mancando di figli o discendenti legittimi o legittimati. Essa dovrebbe consistere nell'affezione dell'adottante stesso per l'adottato, e nella speranza di vederla corrisposta sempre egualmente da lui. Ma non è forse un'altra illusione questa, che una tale affezione, per quanto grande possa essere, tenga veramente luogo dei vincoli del sangue? " Si crede forse — " diceva giustissimamente il *Malleville* — che il titolo di " padre dato dalla legge, ma pur sempre tacitamente " contraddetto dalla natura, basterà per trasmettere con " esso tutti i sentimenti della paternità? Un uomo potrà " egli dire, vedendo un suo figlio adottivo: ecco il sangue " del mio sangue e l'ossa delle mie ossa? E quella miseri-

“ cordia inesauribile che me ne fa dimenticare tutti i tra-
“ viamenti al primo segno di ravvedimento, l’avrò io mai
“ per un figlio adottivo, la cui condotta crudelmente mi
“ convinca dell’errore in cui caddi, e tronchi tutte le mie
“ speranze ? „.

Consideriamo ora l’adozione nell’altro aspetto, quello cioè della beneficenza verso l’adottato. Questa beneficenza si manifesta nel diritto, a cui corrisponde l’obbligazione reciproca degli alimenti, e nei diritti attribuiti all’adottato sull’eredità dell’adottante. Se veramente vi fosse bisogno dell’istituzione dell’adozione affinchè potesse essere assicurata a taluno, con un vincolo obbligatorio altrui, la prestazione anche eventuale degli alimenti, o di ciò che fosse necessario per l’educazione, potrebbesi derivarne un argomento importante in favore dell’istituzione predetta. Ma forse che non potrebbe una tale obbligazione essere assunta per contratto, indipendentemente dall’adozione? Non vediamo ragione che possa farvi ostacolo. Per quanto poi riguarda specialmente all’educazione dell’adottato, a cui la legge obbliga l’adottante di provvedere, se occorra (art. 211 codice civile), non neghiamo che ci parrebbe di trovarvi uno dei più importanti motivi che potessero giustificare l’adozione; se non fosse che, nel sistema del nostro codice non attribuendosi mai all’adottante verun diritto di patria potestà sull’adottato, ma lasciandosi quest’ultimo, se minore, soggetto tuttavia all’autorità del genitore esercente la patria potestà, o del tutore, l’obbligazione imposta dall’art. 211 all’adottante, di *continuare, occorrendo, l’educazione dell’adottato*, non ha, nè può avere altro oggetto che *puramente pecuniario*; e sotto questo aspetto potrebbesi ottenere, da chi fosse disposto a beneficare, lo stesso vantaggio mediante un contratto di beneficenza, senza bisogno dell’adozione. — Diritti che sorgono dall’adozione, e non si avrebbero senz’essa, sono quelli di successione, che l’adottato acquista sull’eredità dell’adottante. Nella discussione del codice Francese, quando si osservava da taluno che la beneficenza ha

molti modi di esercitarsi senza ricorrere all'adozione, e che chi ha in animo di beneficare una persona può usare della facoltà di disporre in favore di lei per atto d'ultima volontà, il primo console rispondeva con ragione “ che la facoltà “ di disporre non produce gli stessi vincoli durante la vita “ del testatore „. La disposizione testamentaria che si facesse in pro della persona che si vuol beneficare sarebbe rivocabile fino all'ultimo istante di vita del disponente; ma l'adozione attribuisce all'adottato dei diritti eventuali sull'eredità dell'adottante, dei quali non potrebbe essere privato se non per causa d'*indegnità* a succedere, mentre quei diritti non potrebbero essere soggetti a rivocazione, non solo per semplice volontà dell'adottante, ma neppure per alcuna di quelle cause che renderebbero rivocabile una donazione. Così *per effetto d'un contratto*, qual è quello di adozione, l'adottato avrà acquistati diritti relativi ad una *successione futura;* diritti, non solo di succedere per legge in mancanza di disposizioni testamentarie, ma di avere riservata, anche contro queste, una *quota legittima* (art. 806 codice civile). E se l'adottante si trovi deluso nelle speranze che aveva concepite, se vegga mal corrisposto l'affetto che lo indusse a beneficare coll'adozione, se il nome suo venga disonorato dalla persona a cui volle trasmetterlo, non potrà, nonostante tutto ciò, valersi d'altro che delle sue facoltà rispetto alla *porzione disponibile;* ma la *quota legittima* rimarrà sempre riservata all'adottato, se pure questi non sia giunto fino a quel grado di perversità che lo renda indegno di succedere a norma dell'art. 725 cod. civ. Tutto ciò è forse in perfetto accordo coi motivi che indussero il legislatore a vietare rigorosamente qualunque convenzione relativa ad una successione non ancora aperta, e ad abolire le *istituzioni contrattuali* del diritto Francese? Ci sembra che siavi ragione di dubitarne assai.

Da quanto osservammo finora risulterebbe che l'istituzione dell'adozione non fosse veramente necessaria per alcuni degli effetti, che secondo l'ordinamento datole dal

nostro codice è destinata a produrre; ed altri effetti, che senza quella istituzione non sarebbero possibili, si trovassero in qualche disaccordo coi principii fondamentali adottati in altra materia dal legislatore. Ma non possiamo omettere qualche considerazione anche su un altro argomento che già sopra accennammo. Si osservava dagli opponenti che dei rari casi di adozione, che si verificano, la massima parte è dovuta all'intendimento di eludere la legge proibitiva del riconoscimento e della legittimazione dei figli adulterini e incestuosi. Al che fu risposto, come riferimmo, che se la paternità o maternità adulterina o incestuosa è anche solo sospettata, non si farà luogo all'adozione; e se sia del tutto occulta, sarà meglio che ai figli resti aperta questa via di riparazione all'infelice loro stato. Ma per quanto ingegnosa, ed apparentemente trionfante, sia quest'argomentazione, crediamo di scorgervi qualche punto vulnerabile. Questi figli, realmente adulterini o incestuosi, ai quali la legge per suoi gravi motivi negherebbe uno stato civile di filiazione anche solamente naturale, ch'essa renderebbe incapaci a ricevere per testamento dai genitori più dei semplici alimenti (art. 747 cod. civ.), saranno dunque parificati in certi rapporti ai figli legittimi, al par dei quali non solo potranno ricevere nella eredità del genitore da cui furono adottati qualunque liberalità che egli disponga in loro favore, ma avranno anzi diritto alla quota legittima; e tutto ciò solo perchè si è riuscito a tenere occulta la filiazione adulterina o incestuosa! Si dice che sarà ben difficile e raro tener celata una tale filiazione in modo che non ne trapeli nel pubblico neppure il sospetto. Ma non crediamo che tale difficoltà sia così grande, per quanto almeno riguarda alla *paternità;* e in ogni modo, sia pure infrequente quanto si voglia il caso, non sarà meno reale per questo l'inconveniente che per esso verrà a verificarsi. Si aggiunge che almeno non vi sarà allora “ lo scandalo della società, ignara “ dei segreti vincoli naturali che uniscono il figlio all'adot-“ tante „. Ma, innanzi tutto, può accadere che quanto era

completamente ignorato al tempo in cui la Corte d'appello pronunciava sull'ammissibilità dell'adozione, venga a conoscersi più tardi, sebbene, in mancanza di prova legale, non possa per questo annullarsi l'adozione stessa; ed allora lo scandalo pubblico vi sarà, e nondimeno il figlio adottato farà valere nella successione del genitore i diritti di figlio legittimo. Inoltre lo scopo della legge non dev'essere soltanto di evitare lo scandalo pubblico, ma principalmente di impedire che l'immoralità si giovi d'istituti giuridici. Ora pare evidente che l'essere ammessa l'adozione, e il potersi con essa dare anche i diritti di figlio legittimo all'adulterino o incestuoso, a condizione di saper bene occultare l'adulterio e l'incesto, potrà essere un incentivo di più a questi misfatti. — Non basta poi considerare il solo caso di filiazione adulterina o incestuosa; poichè di tutti *i figli nati fuori di matrimonio*, e così anche di quelli semplicemente naturali, la legge proibisce l'adozione da parte dei genitori (art. 205 cod. civ.). Ora, l'ammissione dell'adozione può produrre questo inconveniente gravissimo, cui la legge cercò con ogni sforzo di opporsi, che cioè un genitore naturale, il quale riesca a mantenere il più profondo segreto intorno alla sua paternità o maternità, sia distolto dal matrimonio, che altrimenti forse sarebbe indotto a contrarre colla persona complice de' suoi traviamenti per dare i diritti della legittimità ai figli.

Queste considerazioni ci sembrano tanto gravi da farci ritenere che non sarebbe da dolersi se in una futura riforma legislativa avesse a prevalere l'opinione di coloro che vorrebbero abolita l'adozione.

3. Osservammo superiormente come il codice nostro abbia seguìto l'esempio del Francese e delle legislazioni intermedie d'Italia, relativamente agli effetti dell'adozione, limitandoli solo all'adottante e all'adottato, ed escludendo assolutamente che quest'ultimo uscisse dalla propria famiglia naturale, nè perdesse alcuno dei rapporti giuridici

che lo legavano agli individui di questa, e non ne acquistasse con quelli appartenenti alla famiglia dell'adottante.

Di fronte però a questa parte, nella quale il codice Italiano ha seguìto esattamente il Francese, altre ve ne sono di profonda differenza fra essi.

Il codice Napoleone avea messo di fianco all'adozione un'altra istituzione, che serviva di avviamento a quella: ed era la *tutela officiosa*. Era essa — come la definisce lo *Zachariae* — " un atto giuridico pel quale una persona, assu- " mendo tutti i doveri che derivano dalla tutela ordinaria, " contraeva inoltre verso un minore l'obbligazione di man- " tenerlo a sue spese e di porlo gratuitamente in condizione " da poter provvedere da sè al proprio sostentamento ". Aveva per iscopo, come dicemmo, non solo di dar mezzo a chi in età avanzata mancasse di figli legittimi, per unire a sè con un titolo legale un minore, ma eziandio di facilitare l'adozione. Questa infatti non poteva aver luogo ordinariamente, se non verificandosi le seguenti *condizioni intrinseche:* 1° quanto all'*adottante:*

(*a*) che fosse *in età maggiore degli anni cinquanta ;* (*b*) che avesse *almeno quindici anni di più dell'adottando;* (*c*) che al momento dell'adozione *non avesse figli nè discendenti legittimi;* (*d*) che avesse già *somministrati sussidi e prestate cure non interrotte all'adottando pel corso di sei anni durante la minore età di lui;* (*e*) che se l'adottante fosse coniugato riportasse il *consenso dell'altro coniuge*; (*f*) che godesse di *buona fama ;*

2° quanto all'*adottando :*

(*a*) che fosse *maggiore di età ;* (*b*) che riportasse il *consenso dei proprii genitori*, se non avesse ancora compito i 25 anni, o quando li avesse superati, *richiedesse il loro consiglio;* (*c*) che *non fosse stato adottato da altra persona*, salvo che fosse dal coniuge del nuovo adottante.

Eravi però una specie privilegiata di adozione, detta *rimuneratoria;* la quale potea farsi di colui che *avesse salvata la vita all'adottante, o in un combattimento o col liberarlo*

dall'incendio o dalle acque. E in tal caso la legge dispensava l'adottante da alcune delle condizioni per lui richieste nell'adozione di diritto comune: non era più necessario che egli avesse più di cinquant'anni, nè che superasse di quindici anni l'età dell'adottando, ma bastava che fosse *maggiore* e più avanzato in età di quest'ultimo; nè poi era più richiesto che avesse prestato per sei anni sussidi e cure all'adottando durante la minore età di lui.

Ma il *tutore officioso*, dopo *cinque anni* d'esercizio di tale tutela, prevedendo di morire *avanti che il pupillo fosse giunto alla maggiore età*, poteva conferirgli l'adozione, purchè il tutore medesimo non lasciasse figli legittimi.

Oltre a ciò la forma estrinseca dell'adozione ordinaria consisteva in un atto col quale l'adottante e l'adottando prestavano il loro consenso davanti il giudice di pace del domicilio dell'adottante; mentre il tutore officioso poteva adottare per uno qualunque dei modi di testare ammessi dalla legge.

Così si avevano, secondo il codice Francese, un'*adozione di diritto comune* e un'*adozione privilegiata;* e quest'ultima suddistinguevasi in *adozione rimuneratoria* e in *adozione testamentaria.*

Le legislazioni intermedie non ammisero nè la *tutela officiosa*, nè l'*adozione testamentaria;* e quanto alla *rimuneratoria*, fu considerata da qualcuno di que' codici solo per decampare dal rigore delle condizioni ordinarie, non richiedendo che l'adottante avesse oltrepassati i cinquant'anni di età, nè che avesse quindici anni più dell'adottando, e alla prima di queste condizioni si derogava pure pel caso che l'adottante avesse prestato sussidi e cure all'adottando pel corso di sei anni nella sua minore età (art. 268, 269 codice pel regno delle Due Sicilie). Tutti poi que' codici permettevano che si adottasse anche il *minorenne;* ma alcuni non prescrivendo, rispetto all'adottando, un limite minimo di età, doveva intendersi che si richiedesse in lui la sola *capacità naturale a consentire;* mentre qualche altro

prescriveva che l'adottando dovesse almeno aver compiuta l'età di diciotto anni (cod. Alb., art. 172).

Neppure nell'attuale nostro codice troviamo alcuna traccia di tutela officiosa o di adozione testamentaria. Le condizioni intrinseche, sì rispetto alla persona dell'adottante che a quella dell'adottando, e le solennità estrinseche dell'adozione sono sempre identiche in tutti i casi. Della adozione rimuneratoria eravi un cenno nel progetto concordato colla Commissione del Senato, il cui art. 217 disponeva così: " Non si potrà far uso della facoltà di adot- " tare se non verso persona alla quale, nella sua minore " età, almeno pel corso di sei anni, si siano somministrati " sussidi e prestate cure non interrotte, ovvero *verso colui* " *che abbia salvato la vita dell'adottante esponendo la propria* ". Così l'adozione rimuneratoria era dispensata dalla condizione, rigorosamente richiesta per ogni altro caso, che l'adottante avesse precedentemente e con lunga serie di atti dato prova di quell'affezione verso l'adottando, che volevasi poi manifestare con un atto di sì gravi conseguenze legali qual'è l'adozione. E di ciò l'illustre relatore *Vigliani* rendeva ragione colle seguenti parole: " Coll'in- " tendimento di conservare l'adozione fedele al suo vero " scopo di filantropia, e d'impedire che troppo leggermente " si compia, si è stabilito che sempre essa debba avere per " base una serie di precedenti atti di beneficenza, conti- " nuati almeno per sei anni dall'adottante verso l'adottato " nella di lui minore età, od almeno un supremo beneficio " dell'adottato verso l'adottante, qual'è quello di averne " salvata la vita ponendo a rischio la propria " (1).

L'art. 217 fu però soppresso, a maggioranza di voti, dalla Commissione coordinatrice, in conseguenza di questa sola e forse troppo superficiale osservazione: che " ammettendo " l'adozione, non si dovesse renderla illusoria restringen- " done l'applicazione a due soli casi ben difficili ad avve-

---

(1) V. Relaz. Vigliani, pag. 68.

" rarsi, come sono quelli previsti nell'art. 217 „ (1). Ma l'oggetto della prima parte di questo articolo non era già *un caso*, un evento da cui si volesse far dipendere la facoltà della adozione, ma costituiva propriamente una *condizione* che l'adottante doveva aver soddisfatto prima di devenire ad un atto così gravemente importante; affinchè fosse certo ch'esso muovesse da vera e profonda affezione verso l'adottando, e non piuttosto da momentaneo capriccio, o peggio da secondi fini fors'anche riprovevoli. Quando poi si verificasse il caso contemplato nell'ultima parte dell'articolo, lo stesso dovere di gratitudine dell'adottante giustificava abbastanza l'affetto che lo determinava, sì che da quella prima condizione si potesse e si dovesse prescindere.

4. " L'adozione — così dispone l'art. 208 del nostro " codice — *si fa col consenso dell'adottante e dell'adottato* „. Il che, come dimostreremo più innanzi, non vuol già significare che *basti il consenso dell'adottante e dell'adottato per costituire perfetta l'adozione;* ma solo che *adozione non può esservi senza il concorso della volontà, personalmente manifestata, sì dall'adottato che dall'adottante.* Il contratto non è soltanto una delle condizioni indispensabili per formare l'adozione, ma ne è la base essenziale, senza cui ogni altro elemento, il concorso del quale sia pure necessario per formare giuridicamente l'adozione, sarebbe, non pure insufficiente, ma perfino inconcepibile. Ed è troppo naturale che un atto qual è l'adozione, che apporta modificazione dello stato personale, che crea rapporti giuridici relativi allo stato medesimo tra l'adottante e l'adottato, non possa farsi senza che la volontà di quest'ultimo concorra con quella del primo. Ma qual bisogno poteva esservi allora di formulare in una disposizione espressa un principio già di per sè evidentissimo? Essendo stata ritenuta nel nostro codice la massima già ammessa dai codici anteriormente

---

(1) V. Proc. verb., n. 12, § IX, pag. 141.

vigenti in Italia, ma contraria ad un'espressa disposizione del codice Francese, che potesse essere adottato anche chi fosse ancora *minorenne*, non era senza importanza lo stabilire la necessità che anche il minorenne prestasse personalmente ed espressamente il consenso all'adozione, che si volesse fare di lui; nè potesse, come in diritto romano, essere *dato in adozione* dal padre alla cui potestà fosse soggetto, nè bastasse che l'adottando medesimo *non si opponesse*. Trattandosi, come dicemmo, d'un atto relativo allo stato della persona, era conforme ai principii che non meno strettamente personale dovesse riguardarsi la manifestazione della volontà di colui al quale quella modificazione di stato fosse da applicarsi; epperò chi negli atti ordinari della vita civile rappresentasse il minorenne per diritto di tutela od anche di patria potestà, non potesse rappresentarlo in questo, salvo che al consenso dato personalmente dal minore stesso dovesse aggiungersi l'*approvazione* di coloro alla cui autorità egli si trovasse sottoposto, come vedremo essere veramente stabilito dall'art. 209 del codice civile.

Da quanto abbiam detto di sopra risulta già abbastanza, che, sebbene il contratto sia il primo e fondamentale elemento dell'adozione, sarebbe però assurdo confondere coi contratti ordinari quest'atto di stato civile, che crea dei rapporti giuridici d'una specie di parentela civile, che cambia l'ordine delle successioni, che quindi, non solamente non deve essere abbandonato totalmente alla volontà delle parti, ma deve anzi dipendere esclusivamente dalla disposizione della legge; la quale in conformità dell'ordine e dell'interesse pubblico ne determina essa sola le condizioni e gli effetti, e non considera il consenso delle parti se non come base di quella modificazione di stato personale, che unicamente a lei si appartiene di stabilire. Così già vedemmo che non si accordano colle norme dei contratti comuni le condizioni di capacità personale a consentire da parte dell'adottando. Così sappiamo pure fin d'ora come differiscano profonda-

mente dagli effetti dei contratti ordinari quelli che la legge attribuisce all'adozione fondata sul consenso delle parti. Così vedremo appresso essere ben diverse dalle norme generali quelle che possono applicarsi all'adozione, in riguardo alla rivocabilità per mutuo consenso. E riputiamo parimente non potersi dubitare che sebbene alle convenzioni, in generale, si possano apporre termini o condizioni purchè non siano contrarie al buon costume od alla legge, il consenso all'adozione debba prestarsi in modo *puro e semplice*. Veramente la legge non fa di ciò una dichiarazione espressa in questa materia; mentre la fece per quella del consenso al matrimonio (art. 95 cod. civ.). Ma i principii, dei quali questa disposizione non è che una conseguenza necessaria, sono gli stessi anche qui. Le parti hanno facoltà di apporre quei termini e quelle condizioni possibili e lecite, che reputino convenienti, ai contratti comuni, d'interesse puramente pecuniario, perchè di questo loro interesse sono esse sole padrone di disporre liberamente; ma dove si tratta di un atto relativo allo stato delle persone, di cui la volontà delle parti non è che uno degli elementi, sebbene il primo e fondamentale; di un atto la cui consacrazione e i cui effetti dipendono in fine unicamente dalla legge, non può essere rimesso alla volontà privata il ritardare l'applicazione di quegli effetti coll'apposizione di un termine, o il tenere in sospeso l'efficacia dell'atto con una condizione.

5. Secondo la teoria esposta nel numero precedente, il consenso dell'adottante e dell'adottato, il contratto, non crea veramente l'adozione, ma ne costituisce solo la base, il preliminare indispensabile; mentre la formazione perfetta di questo atto dello stato civile, destinato a produrre una modificazione nello stato delle persone, non può essere opera se non della legge, la quale poi esige il concorso di diverse altre condizioni, subordinate a quegli scopi d'interesse pubblico che in simile materia devono principalmente

essere presi di mira. La necessità pertanto di riconoscere l'esistenza di tali condizioni ha indotto sempre a ritenere indispensabile l'*intervento dell'autorità pubblica*.

Nell'antico diritto romano richiedevasi che l'adozione fosse sanzionata dal potere legislativo; dopo Giustiniano bastò la semplice dichiarazione delle parti davanti al magistrato. Nel diritto moderno fu riconosciuto più ragionevole l'affidare all'autorità giudiziaria la missione di riconoscere la conformità dell'adozione consentita dalle parti, colle condizioni prescritte dalla legge, e pronunciarne conseguentemente l'*omologazione*. E così vedremo essere stato fatto anche dal codice nostro, quando tratteremo particolarmente delle forme di quest'atto. Vedremo allora parimente come, non bastando che l'adozione sia stata operata in conformità della legge, ma essendo inoltre opportuno che, come atto risguardante lo stato civile delle persone, apparisca dai pubblici registri destinati a far prova dello stato medesimo, siasi ordinato che dell'adozione omologata dalla competente autorità giudiziaria debba farsi annotazione in margine dell'atto di nascita dell'adottato. Senza spingerci ora più innanzi su questi oggetti di una trattazione che dobbiamo rimandare a sede più opportuna, riputammo però necessari i brevi accenni ora fatti, sia per completare le nozioni generali, che qui ci siam proposti di esporre intorno all'ordinamento della istituzione di cui ora trattiamo, sia per raccogliere i dati occorrenti a risolvere con sufficiente fondamento un quesito, importante per molti rapporti, che svolgeremo nel numero seguente.

6. Per quanto abbiam detto superiormente, nel processo di formazione dell'adozione possono distinguersi tre parti principali: la prestazione del consenso dell'adottante e dell'adottato; l'omologazione dell'atto di adozione da parte dell'autorità giudiziaria; l'iscrizione dell'atto medesimo sui registri dello stato civile, mediante annotazione in margine all'atto di nascita dell'adottato. Ora, è egli neces-

sario che tutte queste parti siano compiute affinchè possa dirsi legalmente perfetta l'adozione, o basta il solo consenso dell'adottante e dell'adottato, od è indispensabile che a questo si aggiunga almeno l'omologazione pronunciata dall'autorità giudiziaria? Ecco il quesito al quale accennavamo. E l'importanza se ne manifesta in parecchi rapporti; poichè dalla risoluzione di esso dipende il determinare il tempo in cui debbansi verificare le condizioni legali di capacità ad adottare e ad essere adottato, il tempo fino al quale il consenso prestato dall'adottante e dall'adottando possa essere rivocato, il tempo da cui comincino gli effetti dell'adozione. Ma appunto perciò che a tale quesito si collegano questi diversi rapporti, dei quali avremo a discorrere in luoghi distinti, abbiamo stimato opportuno il trattarne preliminarmente in queste nozioni generali, per evitare in seguito inutili ripetizioni, avendo già stabilito un principio fondamentale a cui riferirci.

La questione è tutt'altro che nuova; gl'interpreti del codice Francese ne disputarono. Alcuni di essi propugnavano la massima che " l'adozione non fosse legalmente " perfetta se non quando l'atto di consenso prestato dal- " l'adottante e dall'adottato davanti al giudice fosse stato " definitivamente omologato dall'autorità giudiziaria com- " petente, e inscritto di poi sui registri dello stato civile; " la mancanza di qualunque di queste solennità dovesse " far riguardare l'adozione come *giuridicamente inesi-* " *stente* „ (1). A questa opinione offriva, per verità, un grande appoggio il testo del codice Francese, che nell'articolo 359, § 2°, dichiarava *restare senza effetto l'adozione* se non fosse stata iscritta nei registri dello stato civile entro il termine dei tre mesi successivi alla sentenza che l'avesse ammessa. Gli oppositori non mancavano di trarre partito da quella frase, *restare senza effetto*, osservando che ciò

(1) Proudhon et Valette, t. II, chap. III, sect. IV, § 1, pag. 211, 213; Aubry e Rau sur Zachariae, t. IV, § 558, n. 1, 2; Laurent, t. IV, n. 212-214, pag. 297.

supponesse essersi già *realizzata anteriormente l'adozione*, e facendo intendere che si trattasse d'una *pena di decadenza da un diritto già perfettamente acquisito*, inflitta dalla legge per colpire la negligenza di chi avesse omesso di accertare, come gli era imposto, la prova legale della adozione già consumata. Ma si replicava giustamente che quella disposizione dell'art. 359, § 2°, somministrava anzi un argomento *a fortiori* in favore dell'opinione combattuta. Se l'adozione non iscritta *restava senza effetto*, bisognava supporre che non ne avesse infino allora prodotto, il che non era spiegabile se non ritenendo che l'iscrizione fosse indispensabile all'efficacia giuridica ed all'essenza stessa dell'adozione, mentre un atto giuridicamente esistente, sebbene annullabile, produce gli effetti che ne sono proprii fino al momento della sua annullazione. Facevasi poi rilevare quanto sarebbe stato singolare che l'adozione si riguardasse come priva di effetto perchè *iscritta tardivamente*, qualora avesse il suo effetto legale in pendenza del termine, sebbene *non punto iscritta*. Da ultimo, elevandosi ad un concetto più importante che non fossero questi argomenti di testo, si osservava che, essendo l'adozione una istituzione di puro diritto positivo, fossero da ritenersi come *essenziali* tutte le forme per essa prescritte dalla legge, secondo l'adagio *forma dat esse rei*.

Ciònonostante qualche altro autore professava una massima assolutamente opposta: non richiedersi alla perfetta esistenza giuridica dell'adozione l'adempimento di tutte le condizioni di forma dalla legge prescritte, ma bastare il solo consenso prestato dall'adottante e dall'adottato davanti l'autorità a ciò delegata. Dicevasi che se non era scritto nel testo, era però nell'intendimento della legge e risultava dal complesso degli ordinamenti con cui essa aveva regolata questa materia, che l'*adozione si formasse col contratto*; le altre formalità da eseguirsi posteriormente non avere altro scopo che di *verificare se il contratto fosse stato fatto validamente*; la decisione dell'autorità giudiziaria

sull'ammissione dell'adozione non avere altro effetto che *puramente dichiarativo*, per pronunciare se *si facesse luogo o no all'adozione stessa*, e ciò è a dire *se il contratto avvenuto davanti al giudice l'avesse formata o no* (1).

Tra queste opinioni estreme un'altra intermedia insegnava che l'adozione, debitamente omologata ed iscritta nei registri dello stato civile, dovesse riguardarsi come divenuta perfetta legalmente *sin dal momento in cui l'atto di adozione fosse stato sottoposto nelle forme di legge all'autorità giudiziaria*. Prestava argomento a questa massima il disposto dell'art. 360 del codice Francese, a cui corrisponde l'art. 217, § 2, del codice nostro; poichè, essendo ivi stabilito che la morte dell'adottante, *dopo la presentazione dell'atto di consenso* all'autorità giudiziaria per l'omologazione, non impedisse la continuazione della procedura e l'accoglimento dell'adozione, qualora ne fosse il caso, pareva risultarne abbastanza chiaro che al momento di quella presentazione si reputasse divenuta perfetta giuridicamente l'adozione medesima, sicchè, appunto perciò, la morte posteriore dell'adottante non potesse più impedirne l'effetto. In questo sistema si ammetteva bensì *realizzarsi l'adozione col contratto*, col consenso, cioè, dell'adottante e dell'adottato; ma dicevasi quella realizzazione essere soltanto *condizionale*, e le condizioni a cui era subordinata consistere nell'*omologazione* giudiziale e nella *iscrizione sui registri* dello stato civile; di queste condizioni poi, una volta verificate, dover esser retroattivo l'effetto, siccome è proprio delle condizioni in generale; ed essendo di principio che *qualunque dichiarazione giudiziale retroagisca fino al giorno in cui l'autorità giudiziaria sia stata investita della domanda*, doversi pertanto ritenere l'atto di adozione omologato ed iscritto come divenuto legalmente perfetto nel giorno in cui la domanda di omologazione fosse stata presentata (2).

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 113-118.
(2) V. Marcadé, art. 360, § I, II, t. II, n. 118, 119.

Fra tanti sistemi diversi appena era accennato come proponibile quello che pare adottato, siccome dimostreremo, dalla nostra legislazione: che cioè l'adozione abbia a considerarsi come giuridicamente esistente e perfetta solo allora quando l'atto di adozione sia stato definitivamente omologato dall'autorità giudiziaria competente.

Non è mancato, anche tra i commentatori del codice nostro, chi abbia accettata l'opinione professata dal *Demolombe*, che l'*adozione si formi pel solo consenso prestato dalle parti davanti l'autorità deputata a ciò dalla legge* (1). Ma non è mancato neppure chi, avvertendo la profonda differenza che passa tra il sistema del codice Francese e quello dell'Italiano, circa il procedimento con cui si forma l'adozione, abbia ricondotto la teoria a quei termini che sono veramente conformi allo spirito della nostra legislazione. Riferiremo le parole colle quali il *Borsari* enuncia con tutta chiarezza e precisione questa teoria.

" L'atto di adozione si forma mediante un processo,
" che *ha il suo inizio fondamentale nella volontà libera*
" *delle parti e nella espressione solenne di tale volontà, e il*
" *suo compimento nella omologazione della Corte di appello.*

" Giova ben ritenere la precisione di questi termini,
" atteso la novità che presenta il codice Italiano sul Fran-
" cese specialmente, per il quale il processo dell'adozione
" si chiude invece *colla iscrizione dello stato civile*, talchè,
" se non avviene nei tre mesi, l'adozione *rimane senza*
" *effetto*. Secondo il nostro codice la iscrizione è sempli-
" cemente un modo di esecuzione, e la mancanza non
" produce inefficacia se non nell'interesse dei terzi (arti-
" colo 219) „ (2).

La stessa dottrina è professata anche dal *Buniva;* poichè parlando delle *condizioni necessarie all'essenza dell'adozione*, la mancanza d'alcuna delle quali ne produce quindi *l'inesistenza giuridica*, si esprime così: " Nell'adozione è di

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 527. pag. 364; n. 533, pag. 367.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 217, § 505, pag. 793.

“ sostanza il consenso delle due parti, la sua manifestazione
“ davanti il presidente della Corte d'appello, *la omologa-*
“ *zione della Corte. Omessa alcuna di queste forme, l'ado-*
“ *zione non esiste* „ (1).

Un rapido esame delle altre opinioni professate dai commentatori del codice Francese, ponendo in chiaro come nessuna di esse possa conciliarsi colle disposizioni del codice nostro, varrà a stabilire con maggior sicurezza la massima insegnata dal *Borsari*. Cominciamo dal sistema adottato dal maggior numero degli autori Francesi; secondo questo per la formazione giuridicamente perfetta dell'atto di adozione sarebbe stato necessario il concorso di tutte le solennità prescritte dalla legge fino all'iscrizione dell'atto nei registri dello stato civile. Abbiamo già veduto sopra, che il principale fondamento di questa opinione stava nel disposto dell'articolo 359, § 2, del codice Napoleone, che dichiarava *restare senza effetto* l'adozione se la iscrizione sui registri dello stato civile non ne fosse stata fatta entro tre mesi dalla sentenza di ammissione. Noi abbiamo bensì una disposizione corrispondente all'articolo 359 del codice Francese, che stabilisce un termine di *due mesi* successivi al decreto della corte, entro i quali l'atto di adozione dev'essere annotato in margine dell'atto di nascita dell'adottato (art. 219, § 1°, cod. civ.); ma il § 3° di questo articolo invece di dire, come il Francese, che in caso d'inadempimento di tale disposizione della legge l'*adozione debba restare senza effetto*, dichiara che, “ non venendo annotata nel suddetto termine, l'*adozione*
“ *non avrà effetto quanto ai terzi, se non dal giorno in cui*
“ *l'annotazione sarà eseguita* „. Non è ora il momento di occuparci a penetrare nello spirito di questa disposizione e d'indagarne i motivi; basta però la semplice lettura di essa per comprendere senz'altro come il codice nostro, innovando al Francese, abbia voluto che l'adozione pro-

---

(1) V. Buniva, t. II, pag. 119.

duca tutti gli effetti suoi, *nei rapporti tra l'adottante e l'adottato*, indipendentemente dall'iscrizione sua nei registri dello stato civile, e solo la *opponibilità di quegli effetti a terze persone* rimanga subordinata alla condizione che l'atto sia annotato nei registri dello stato civile entro due mesi; in mancanza di che quella opponibilità *cominci solamente dal giorno in cui venga eseguita l'annotazione tardiva*. È chiaro pertanto che viene a mancare nel codice nostro la base principale su cui fondavasi l'opinione prevalente nella dottrina Francese; e neppure vi è più luogo ad argomentare dalla massima — *forma dat esse rei* — poichè è la legge stessa che presso noi considera come *non sostanziale* questa forma della iscrizione nei registri, dappoichè anche in mancanza di essa attribuisce efficacia giuridica all'adozione, e gliela attribuisce pienamente nei rapporti diretti tra adottante e adottato, limitandone soltanto l'opponibilità degli effetti *rispetto ai terzi*.

Esclusa così questa prima opinione, è d'uopo esaminare l'opposta dottrina, che riputerebbe perfetta l'adozione *col solo consenso* delle parti; opinione che vedemmo adottata anche dal *Pacifici-Mazzoni*. Riconosciamo volentieri che a tutta prima potrebbe essere suggerito questo concetto dal testo stesso del nostro articolo 208, non che da una delle disposizioni contenute nel primo paragrafo dell'art. 217.

L'articolo 208 dichiara che " l'adozione *si fa col con-* " *senso dell'adottante e dell'adottato* „; e il *Pacifici-Mazzoni* traduce questa formola nell'altra: " *il consenso fa l'adozione* „. Ma la traduzione ci pare troppo libera. Altro è dire che *il consenso dell'adottante e dell'adottato sia necessario per fare l'adozione* — e il nostro articolo non dice veramente di più — ed altro che *il consenso dell'adottante e dell'adottato basti per rendere perfetta l'adozione;* e ciò il legislatore non dice punto. Anzi dice apertamente il contrario in altro luogo, come fra poco vedremo.

L'articolo 217 poi stabilisce che " l'adozione ammessa " dalla Corte di appello *produce i suoi effetti dal giorno*

“ *dell'atto di consenso* „. Dal che potrebbesi argomentare che da questo giorno medesimo dovesse riputarsi giuridicamente perfetta l'adozione, salvo solo di essere *subordinata alla condizione dell'omologazione* della Corte d'appello. Nel quale senso potrebbesi osservare essere conforme ai principii che un atto perfettamente formato in ciò che è di sua essenza, ma subordinato ad una condizione, allorchè questa si avveri produca i suoi effetti retroattivamente al giorno in cui fu compiuto; ma non essere ammissibile che quell'atto sia giuridicamente efficace quando manchi ancora qualche parte di ciò che è sostanziale per la sua esistenza in diritto. È da osservare però, che se questo è veramente il principio da osservarsi come regola per tutti i casi in cui non sia dalla legge diversamente disposto, non può esser tolto al legislatore, specialmente in materia com'è quella dell'adozione, che è tutta creazione del diritto positivo, di derogarvi per una eccezione consigliata da giuste considerazioni. E così è precisamente; infatti il legislatore nostro considerò il consenso dell'adottante e dell'adottato solamente come il primo e più fondamentale degli elementi necessari a costituire giuridicamente l'adozione, ma come altro elemento, sostanziale pur esso a quest'atto, riguardò anche l'*omologazione*, che devesi riportarne dalla Corte d'appello; senonchè quando trattavasi di determinare il tempo in cui dovessero cominciare gli effetti dell'adozione, stabilì che essi decorressero prima ancora del giorno nel quale, pel concorso degli accennati due elementi, essa fosse divenuta perfetta, volle cioè farli *retroagire fino al giorno dell'atto di consenso*. La quale eccezione alle regole ordinarie è giustificata dallo scopo di ovviare l'inconveniente che le lentezze, indipendenti da colpa delle parti, nel compimento della procedura, potessero nuocere alle parti medesime, ritardando corrispondentemente la attivazione degli effetti dell'adozione a cui esse hanno acconsentito. Fin qui però noi affermammo che la nostra legge consideri l'omologazione dell'atto, da parte della

Corte d'appello, come uno degli elementi sostanziali dell'adozione, senz'averlo ancora provato. Ma questa dimostrazione ci sembra di poter trovare manifesta, sia nel complesso degli ordinamenti relativi alle forme dell'adozione, sia in qualche disposizione speciale. Quando infatti leggiamo gli articoli 213 al 216 del nostro codice, riconosciamo tosto che il consenso prestato dall'adottante e dall'adottando davanti il presidente della Corte d'appello, la presentazione di quest'atto di consenso alla corte medesima, il procedimento informativo ch'essa deve compiere, la pronunciazione in fine di *farsi luogo all'adozione*, non sono che altrettante parti d'un sol tutto, che è l'*atto di adozione* stesso, come la legge volle ch'esso fosse formato; ed è propriamente il decreto della corte che *compie l'atto* di adozione in ciò che è di sua essenza. Il che è tanto vero che, secondo l'articolo 215, la Corte deve assumere informazioni per verificare, non solo *se tutte le condizioni della legge siano state adempite*, ma ancora *se colui che vuole adottare goda buona fama* e se l'*adozione convenga all'adottando*. Notisi che parlando di *colui che vuole adottare*, la legge suppone evidentemente che l'adozione *non sia ancora fatta*, non ostante il consenso già prestato dall'adottante e dall'adottando. Ma poi, dovendosi verificare se *l'adottante goda buona fama* e se *l'adozione convenga all'adottando*, e dovendo la Corte pronunciare che *si fa luogo all'adozione* solo nel caso che tali *condizioni* si avverino, è troppo chiaro che fino alla pronunciazione di questo *giudizio sulla convenienza dell'adozione* non dev'essa considerarsi come compiuta, e quindi come esistente in diritto. Quello poi che, a nostro avviso, deve togliere ogni dubbio, è la disposizione finale del primo paragrafo dell'articolo 217. Ivi è detto che, “ *finchè il decreto della Corte non sia pro-* “ *nunziato, tanto l'adottante quanto l'adottato possono rivo-* “ *care il loro consenso* „. Ora sarebb'egli mai ammissibile che una sola delle parti potesse, rivocando, malgrado l'altra, il proprio consenso, distruggere l'adozione, se questa fosse

già perfetta prima del decreto della Corte, in virtù del solo consenso prestato dall'adottante e dall'adottando davanti al presidente? Diciamo anzi che una tale rivocazione non sarèbbe neppur possibile, quand'anche, non essendo veramente da considerarsi come compiuta l'adozione in tutti gli elementi suoi sostanziali, fosse almeno da riputarsi *perfetto il contratto* tra le parti; poichè infatti un contratto legalmente esistente può bene essere sciolto per mutuo accordo dei contraenti, non mai essere rivocato per sola volontà d'uno di essi contro l'altro. Ond'è che ci crediamo autorizzati a dire che, *fino alla pronunciazione del decreto della Corte, il consenso prestato davanti al presidente di essa dall'adottante e dall'adottando non debba riguardarsi come costituente un vero contratto, ma come una semplice manifestazione di volontà, che diverrà contratto solo quando le parti vi persistano fino al momento in cui la Corte si pronunci.*

Le dimostrazioni ora fatte potrebbero dispensarci, crediamo, dal discutere anche l'altra opinione del *Marcadè* (1), secondo cui sarebbe *al momento della presentazione dell'atto di consenso all'autorità delegata ad omologarlo*, che l'adozione dovrebbe considerarsi come giuridicamente compiuta. Veramente anche presso di noi potrebbesi addurre in favore di questo sistema la disposizione dell'articolo 217, § 2°, che stabilisce — come l'art. 360 del codice Francese — doversi *continuare il procedimento ed ammettere, ove ne sia il caso, l'adozione, qualora l'adottante muoia dopo la presentazione dell'atto di consenso alla Corte e prima della omologazione*. Ma il dedurne che fin dal momento della presentazione di quell'atto l'adozione debba considerarsi come compiuta, non sarebbe giustificato. La morte di chi voleva adottare, avvenuta prima che l'atto di adozione fosse omologato, dovrebbe veramente, secondo i principii, rendere impossibile il compimento dell'adozione e troncare perciò la procedura già iniziata davanti alla Corte. La

(1) V. Marcadè, art. 360, § I, II, t. II, n. 118, 119.

legge però volle fare a quei principii una *eccezione*, giustificata anche qui dallo scopo d'impedire che i ritardi del procedimento potessero arrecar pregiudizio alla parte, privandola, senza colpa, degli effetti dell'adozione, per la quale la volontà dell'adottante perseverò fino all'ultimo istante di vita. Così colla massima già dimostrata, che l'adozione debba considerarsi come giuridicamente compiuta solamente quando ne sia stata pronunziata l'omologazione dalla Corte, è ancora conciliabile la disposizione eccezionale e tutta di favore dell'art. 217, § 2; per la quale l'adozione può compiersi ancora utilmente dopo la morte dell'adottante, se egli però abbia perseverato sempre nella volontà di adottare, e se, prima della morte di lui, il suo atto di consenso sia già stato presentato alla omologazione della Corte.

7. Dicemmo sopra che tra i rapporti, sui quali esercita una decisiva influenza la risoluzione del quesito relativo al tempo in cui l'adozione debba riputarsi giuridicamente perfetta, avvi anche la determinazione del tempo infino al quale possa essere rivocato il consenso prestato dall'adottante e dall'adottando. E riserbandoci per gli altri rapporti surricordati di dimostrare l'applicazione del principio stabilito nel numero precedente, allorchè di ciascuno di quei rapporti avremo a trattare in particolare, riputiamo opportuno parlare fin d'ora di tutto ciò che riguarda il tempo in cui si possa rivocare il consenso prestato all'adozione, perchè di questo consenso non avremo in seguito a discorrere se non sotto gli aspetti speciali della capacità a prestarlo e della forma in cui debba essere prestato; epperò non allora troveremmo sede opportuna alla trattazione che ora ci proponiamo.

Gli autori Francesi sono quasi tutti d'accordo nell'ammettere le seguenti massime:

1° che il consenso prestato dall'adottante e dall'adottato davanti l'autorità competente *non possa più, fin da*

quel momento, essere rivocato unilateralmente da una delle parti malgrado l'altra;

2° che però *per mutuo consenso delle parti*, e pel solo fatto di esso, *sia rivocabile l'adozione, fino a che non sia divenuta completa* nelle solennità per essa prescritte dalla legge, *mediante l'iscrizione sui pubblici registri* dello stato civile;

3° che l'adozione, una volta che sia iscritta sui registri, *divenga assolutamente irrevocabile* anche nonostante il comune accordo dell'adottante e dell'adottato (1). Ed è notevole che nella seconda delle massime ora riferite concordi anche il *Demolombe*, non ostante che egli professi doversi considerare come *perfetta l'adozione pel solo consenso delle parti;* col quale concetto sembrerebbe veramente che male si accordi l'altro della facoltà riconosciuta alle parti di sciogliersi per mutuo accordo dalla adozione anche dopo prestato il consenso, purchè non ne sia ancora seguìta l'iscrizione nei registri dello stato civile, mentre si ammette la massima che l'adozione sia essenzialmente irrevocabile allorchè sia giuridicamente perfetta. Ma anche al *Demolombe* faceva forza il considerare come il codice Francese dichiarasse *restare senza effetto* l'adozione, se dentro il prefisso termine non ne fosse seguìta sui registri dello stato civile la iscrizione, della quale poi era lasciato alle parti il curare l'eseguimento; ond'era che, potendo esse accordarsi di lasciar cadere l'adozione non iscrivendola in tempo debito, sarebbe stato singolare che fosse loro vietato di fare per accordo espresso ciò che era permesso di fare tacitamente.

Sulla prima e sulla terza delle massime predette non mancava però qualche opinione dissidente.

Il *Toullier* insegnava che " anche l'adozione dovesse " ritenersi soggetta alla regola comune di tutti i contratti,

---

(1) V. Proudhon et Valette, t. II, chap. III, sect. IV, § 1, pag. 211; Duranton, t. III, n. 301, 326; Marcadé, art. 360, § III, t. II, n. 121; Demolombe, t. VI, n. 85, 128; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 559, n. 1, 5, 7.

" che possono essere sciolti nel modo stesso in cui furono " formati, non essendo dal codice stata fatta eccezione " pel contratto di adozione „ (1). Questa teoria però supporrebbe che l'adozione fosse da parificarsi, generalmente, ai contratti ordinari; ciò che è dimostrato essere opposto al vero concetto di questa istituzione, la quale ha bensì per base un contratto, ma in fine è tutta opera della legge pei rapporti che crea, attinenti allo stato delle persone (2). Non basta dunque il silenzio della legge per poter applicare all'adozione i principii comuni circa lo scioglimento dei contratti per mutuo consenso delle parti. Per poterlo ammettere sarebbe necessaria una disposizione espressa della legge, la quale, come attribuisce alla Corte d'appello il potere di omologare l'adozione, così le deferisse ancor quello di omologare l'atto consensuale con cui si venisse eventualmente a sciogliere l'adozione medesima. L'opinione del *Toullier* rimase perciò isolata; nè fu seguita presso noi quella che il *Doveri* manifestò nel medesimo senso (3).

L'altra massima poi indicata sotto il n° 1° è stata contraddetta dal *Laurent;* il quale avvisa che anche dopo prestato il consenso all'adozione sia in facoltà di ciascuna delle parti il rivocarlo malgrado l'altra (4).

Le dottrine finora esposte del diritto Francese sono in parte assolutamente inapplicabili al nostro, e in altre parti non possono essere adottate per noi se non con qualche importante modificazione resa necessaria dalle innovazioni arrecate dal codice nostro nel sistema dell'adozione.

Primieramente alla regola, insegnata dai giureconsulti Francesi, che il consenso prestato dalle parti non potesse

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 1018.

(2) V. sopra, n. 4, pag. 15.

(3) V. Doveri, *Ist. di dir. rom.*, vol. I, § 109, n. 1, pag. 233, 234. — *Contra:* Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 534, n. 2, pag. 367; Buniva, vol. II, pag. 121; Borsari, *Comm.*, art. 217, § 505, pag. 793.

(4) V. Laurent, t. IV, n. 212, pag. 298.

più in seguito *rivocarsi unilateralmente*, è affatto opposta quella che troviamo scritta nel nostro articolo 217: “*finchè* “ *il decreto della Corte non sia pronunziato, tanto l'adottante* “ *quanto l'adottato possono rivocare il loro consenso* „. Da questa stessa disposizione poi deriva, come osservammo nel numero precedente, che fino a quando l'omologazione non sia pronunziata dalla Corte, il consenso prestato dall'adottante e dall'adottato non debba riguardarsi come un *vero contratto* — chè in tal caso non potrebb'essere rivocato se non *per mutuo consenso* dei contraenti — ma come una semplice manifestazione di volontà, che diverrà contratto sol quando le parti vi persistano fino alla pronunciazione del decreto della Corte. Sappiamo d'altra parte che da questa stessa pronunciazione del decreto di omologazione dipende l'esistenza giuridica perfetta dell'adozione (1). Avverrà dunque che la formazione vera del contratto, base dell'adozione, e l'esistenza giuridica perfetta dell'adozione medesima vengano a verificarsi nel medesimo istante, cioè in quello della pronunciazione del decreto di omologazione della Corte. E poichè prima che sussista vincolo obbligatorio contrattuale, ciascuna delle parti è in libera facoltà di rivocare il proprio consenso, mentre dopo divenuta perfetta l'adozione esso è essenzialmente irrevocabile, non ostante qualunque accordo della volontà d'ambe le parti; ne avremo per risultanza finale la scomparsa d'ogni differenza tra la rivocabilità per volere d'una sola delle parti e la rivocabilità per mutuo consenso dell'adottante e dell'adottato. In altri termini, le tre regole che la dottrina Francese aveva stabilite in questo argomento si riducono nella legislazione nostra a due sole; le quali inoltre non si riferiscono al tempo della *iscrizione* dell'adozione nei registri dello stato civile, ma al tempo della *pronunciazione del decreto* con cui la Corte omologhi l'atto. E quelle due regole sono le seguenti: prima della

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 18 e seg.

omologazione l'adottante e l'adottato, tanto d'accordo quanto l'uno contro l'altro, hanno libera facoltà di rivocare l'adozione a cui consentirono; dopo l'omologazione l'adozione medesima diventa assolutamente irrevocabile.

8. La legge, dalle cui disposizioni esclusivamente dipende il regolamento di questa istituzione creata dal diritto positivo, si è occupata di determinare quali condizioni intrinseche si richiedano per l'adozione nelle persone dell'adottante e dell'adottato; quali solennità estrinseche debbano osservarsi nella formazione dell'adozione stessa; quali effetti essa sia destinata a produrre.

Dopo che avremo esaminato partitamente le norme dettate dalla legge su questi argomenti, ci occuperemo ancora di ricercare quali sieno le conseguenze derivanti dall'inosservanza delle condizioni sì intrinseche che estrinseche dell'adozione.

CAPO I.

Delle condizioni intrinseche dell'adozione.

Sommario. — 9. Rapporti a cui risguardano le condizioni intrinseche dell'adozione. Partizione della materia.

9. Delle condizioni intrinseche dalla legge richieste per l'adozione, alcune riguardano *la persona dell'adottante*, altre *la persona dell'adottato;* e la mancanza di quelle e di queste produce una *incapacità assoluta ad adottare* e *ad essere adottato* rispettivamente. Altre condizioni poi riguardano particolari rapporti tra l'adottante e l'adottato; dalla preesistenza dei quali rapporti deriva una *incapacità relativa* all'adozione tra certe persone. Così l'età di 50 anni è una condizione richiesta nell'adottante, e chi non abbia compiuta quell'età non può assolutamente adottare, qualunque sia la persona a favore della quale vorrebbe com-

piere quell'atto; l'età di 18 anni è una condizione necessaria nell'adottando, e chi non abbia compiuta questa età è *assolutamente incapace d'essere adottato*, qualunque sia la persona che vorrebbe rendersi adottante; la differenza di 18 anni di età tra l'adottante e l'adottando è una condizione di *capacità relativa*, mancando la quale non possono assumere rispettivamente la qualità di adottante e di adottato due persone, che rispetto ad altre potrebbero avere perfetta capacità ad adottare e ad essere adottate.

Esamineremo distintamente le accennate tre categorie di condizioni; e in una quarta Sezione esporremo alcuni principii comuni a tutte le condizioni predette.

Sezione I.

Delle condizioni richieste nella persona dell'adottante.

10. Come condizioni di capacità assoluta ad adottare, la legge richiede che l'adottante:

1° abbia compiuti i cinquant'anni di età (art. 202 codice civile);

2° non abbia discendenti legittimi o legittimati (stesso articolo);

3° non abbia *adottate precedentemente altre persone* (art. 203 cod. civile);

4° qualora abbia padre, madre o coniuge viventi, ottenga il consenso di ciascuno di essi (art. 208, § 2°, codice civile);

5° goda buona fama (art. 215, n° 2°, cod. civile).

Intorno ad ognuna di queste condizioni daremo brevi cenni, per dimostrarne i motivi e l'estensione con cui debbonsi applicare.

11. I. Il codice nostro, accogliendo una massima stabilita dal codice Napoleone e seguìta dalla maggior parte delle legislazioni che vennero posteriormente in Italia, ha dichiarato che " l'adozione è permessa *alle persone dell'uno* " *e dell'altro sesso*, le quali..... *abbiano compiuti i cin*- " *quant'anni* ".

Il codice Parmense aveva invece stabilita una differenza tra i due sessi, per rapporto all'età in cui si potesse adottare, esigendo che l'*uomo dovesse avere l'età di sessanta anni compiti* (art. 139), mentre per la donna bastava l'*età di cinquant'anni* (art. 151). Il codice Estense poi richiedeva, sì per l'uomo che per la donna, *l'età di sessant'anni compiti* (art. 174), e dichiarava inoltre che " l'uomo, il quale " avesse vivente la moglie, non potesse adottare, *se questa* " *non avesse oltrepassata l'età d'anni cinquanta* ". Non si può negare che queste disposizioni fossero più conformi al rigore della logica, partendo dal principio che l'adozione sia concessa come una consolazione per coloro che non hanno figli legittimi nè possono più sperarne; avvegnachè la natura abbia posto una differenza tra l'uomo e

la donna per rapporto all'età fino alla quale possano avere l'attitudine a generare. Ma non era questo il solo aspetto che il legislatore avesse a prendere in considerazione. Determinando l'età, compiuta la quale soltanto si potesse adottare, egli stabiliva una disposizione applicabile pei celibi non meno che pei coniugati; e pei primi doveva avere in mira che la concessione della facoltà di adottare non distogliesse dal matrimonio coloro i quali altrimenti si sarebbero forse procurata con questo mezzo la filiazione legittima da essi desiderata. Ora, studiando la questione in questo duplice aspetto, il legislatore ha dovuto considerare, che, sebbene la natura, la quale toglie generalmente alla donna giunta all'età di 50 anni la speranza di futura prole, non abbia disposto così riguardo all'uomo, pure se questi a tale età sia celibe, è poco probabile che pensi ancora al matrimonio, nè per l'interesse sociale sarebbe guari desiderabile che vi pensasse; se poi è ammogliato, difficilmente potrebbe cessare di essere sterile una unione rimasta tale fino allora. Su queste probabilità, più che sulla presunzione di una impossibilità naturale di aver prole legittima, si è fondata la legge nello stabilire la stessa condizione di età per ambedue i sessi, rispetto alla capacità di adottare. Certamente potrà accadere qualche volta che questi calcoli di probabilità vadano errati; che l'uomo, il quale abbia varcato cinquant'anni, contragga ancora matrimonio e ne abbia figli, o gliene nascano da una donna più giovane di lui, ch'egli abbia sposata prima di arrivare a quella età. Ma la legge, anche qui come sempre, s'è occupata di quanto si verifica ordinariamente, trascurando i casi più rari o eccezionali.

Abbiamo accennato come i motivi della disposizione, dalla quale è stabilita l'età in cui si può adottare, comprendano anche il caso che l'adottante sia celibe. E dell'applicabilità anche in questo caso della disposizione dell'art. 202, non lascia dubitare la generalità stessa del testo. Tuttavia nelle discussioni pel codice Francese fu

vivamente dibattuta la questione, se si dovesse permettere di adottare anche a chi non avesse mai contratto matrimonio; e vi era chi professava opinione negativa, temendo che una massima favorevole all'adozione in questo caso potesse distogliere dall'unione coniugale. Ma era troppo evidente l'esagerazione di supporre che taluno potesse astenersi dal matrimonio in vista di un'adozione che egli potrebbe effettuare solamente dopo aver compiuti i 50 anni; e l'adozione fu permessa senza distinguere se l'adottante fosse celibe, coniugato o vedovo.

Parimente non può esservi luogo a distinguere se l'adottante si trovi o no, per ragione dell'età, o per vizio di costituzione, o per infermità accidentale, nell'impossibilità fisica di aver prole; nè per tali cause potrebbesi far luogo a *dispensa*, mediante la quale si ammettesse ad adottare chi ancora non avesse compiuta l'età richiesta dalla legge. Colla disposizione di essa troverebbesi infatti in manifesta opposizione l'atto recante la concessione d'una tale dispensa, sicchè dovrebbe questa necessariamente essere considerata come inesistente in diritto.

12. II. “ L'adozione è permessa alle persone dell'uno “ e dell'altro sesso, le quali *non abbiano discendenti legit-* “ *timi o legittimati* „. Tale è la prima disposizione del già citato articolo 202. Nè molto abbisogna per dimostrarne le ragioni. È troppo manifesto che, essendosi concessa l'adozione come un mezzo di conforto per coloro che in tarda età manchino di prole legittima, cessa il motivo della legge, se chi voglia adottare abbia figli o discendenti legittimi o anche solo legittimati, essendo questi parificati a quelli nei loro rapporti col genitore legittimante e colla famiglia di lui. D'altra parte bisognava anche riflettere, che una volta ammessa l'adozione, non sarebbesi potuto logicamente rifiutare ai figli adottivi di concorrere coi legittimi nell'esercizio dei diritti di alimenti e di successione; e sarebbe stato di grave ingiustizia, che la finzione

giuridica di una filiazione non esistente in natura pregiudicasse alle ragioni già prima acquistate (sebbene eventualmente soltanto, rispetto alla successione) dai figli o discendenti nati da legittimo matrimonio.

Questa disposizione della legge, che esclude la possibilità di crearsi figli adottivi per chi già abbia figli o discendenti legittimi o legittimati, è in termini così assoluti da togliere la possibilità di qualunque distinzione o eccezione; sicchè non si può immaginare caso in cui taluno abbia un discendente legittimo o legittimato e possa tuttavia compiere un atto di adozione. Ma d'altro lato, siccome si tratta d'una *limitazione di capacità*, di cui il legislatore ha determinati, secondo la facoltà che a lui ne spetta, i confini, è chiaro altrettanto che questi non potrebbero mai essere oltrepassati, e i casi di esistenza di *figli* o *discendenti legittimi* o *legittimati* devono quindi considerarsi come determinati *tassativamente* per l'esclusione della capacità di adottare. Del quale principio avremo occasione più avanti di fare qualche importante applicazione.

13. La sola qualità di figli legittimi, indipendentemente da ogni altra considerazione, rende incapace il genitor loro di fare atto di adozione; epperò non influirebbe a togliere questa incapacità la circostanza che i figli medesimi fossero incorsi nella *indegnità di succedere* al genitore per una delle cause stabilite dalla legge (art. 725 cod. civile). Verò è che ciò farebbe cessare uno dei motivi pei quali è negata, a chi già abbia discendenti legittimi, la facoltà di adottare; quello cioè del conflitto, che dalla adozione potesse nascere tra l'interesse degli stessi discendenti legittimi e quello dei figli adottivi, rispetto alla successione dell'adottante. Potrebbesi aggiungere che il discendente resosi indegno di succedere all'ascendente non avrebbe ragione di lagnarsi della concorrenza, qualora fosse ammesso con lui un figlio adottivo, nell'esercizio del diritto agli alimenti dei quali abbisognasse; e che poi non man-

cherebbe il motivo principale per cui fu istituita l'adozione, essendo anzi maggiore il bisogno di questo conforto per chi abbia un discendente indegno, che per chi non ne abbia alcuno. Ma queste considerazioni, le quali avrebbero forse potuto essere abbastanza efficaci per giustificare una disposizione che il legislatore avesse riputato opportuno stabilire, non varrebbero per limitare il carattere assoluto, che già dicemmo essere proprio della disposizione testuale, la quale considera l'esistenza di discendenti legittimi come bastante di per sè sola a togliere la facoltà di adottare. D'altro lato, era anche da considerarsi che, parificando la *indegnità* alla *premorienza* del figlio o discendente legittimo, quanto a permettere all'ascendente di farsi adottante, sarebbesi aperto l'adito a discussioni sconvenienti, e sarebbesi fatto luogo ad una specie di anticipazione del giudizio sull'indegnità del discendente. il cui risultamento avrebbe poi potuto trovarsi in contraddizione colla decisione, che avesse più tardi a pronunciarsi, nella vera contestazione che si fosse aperta circa la indegnità alla successione dell'ascendente.

14. La legge, parlando di *discendenti legittimi*, la cui esistenza impedisce l'adozione, ha inteso di riferirsi alla *nascita* di quei discendenti, che sia già avvenuta, o basta solamente l'anteriorità del loro concepimento, ancorchè siano nati solamente dopo che l'adozione era compiuta? Nel primo senso ha espresso opinione il *Valette* nelle sue annotazioni all'opera del *Proudhon*. La sorte dell'adozione, — egli dice — una volta che questa sia formata, dev'essere *immutabile;* mentre all'opposto, ritenendo nulla l'adozione solo perchè al tempo della formazione di essa fosse concepito un discendente dell'adottante, la sorte di quell'atto dipenderebbe necessariamente da eventi futuri ed incerti, quali sarebbero la nascita e la vitalità di quel discendente. Inoltre mancherebbe in questo caso il motivo per proibire e render nulla l'adozione; non potendosi

rimproverare all'adottante di non avere concentrati i suoi affetti sopra un nascituro, di cui poteva ben anche essergli ignoto il concepimento (1).

Speciosi argomenti; i quali tuttavia non ebbero accoglienza dagli altri autori, che furono unanimi nel respingere la teoria proposta dal *Valette* (2). Reputano essi che debba avere applicazione anche in questo caso la nota regola: " *Nasciturus pro nato habetur quoties de ipsius commodis agitur* „. Veramente potrebbesi opporre, che questa finzione giuridica suppone l'esistenza di un diritto da esercitarsi a vantaggio di colui, che essendo solamente concepito, si considera come se già fosse nato per quanto appunto riguardi la capacità ad un tale diritto (3); mentre qui non si tratta della capacità giuridica del concepito, ma d'impedire al genitore di lui l'esercizio d'una facoltà, qual'è quella di adottare. Nè può negarsi, sotto questo aspetto, che l'ammettere che il figlio o il discendente soltanto concepito sia di ostacolo all'adozione, costituisca propriamente una *estensione*, più che un'applicazione pura e semplice della regola, secondo la quale il concepito si considera come già nato per la capacità giuridica ai diritti che si aprano in suo favore. Ma questa estensione è dessa forse opposta agl'intendimenti coi quali quella regola fu dettata? È anzi del tutto conforme ad essi; poichè ciò che si volle fu, come osservammo nel luogo sopra citato, di proteggere l'individuo la cui esistenza è già incominciata, sebbene non ancora perfetta, guarentendo i diritti, che in virtù della futura sua capacità egli potrà acquistare con effetto retroattivo fino al tempo in cui la sua esistenza fu iniziata col

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. III, sect. II, § I, n° 3°, n. (*a*), pag. 192.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 255; Toullier, t. II, n. 986; Duranton, t. III, n. 278; Marcadé, art. 348, § V, t. II, n. 101, pag. 104; Demolombe, t. VI, n. 16; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 4; Laurent, t. IV, n. 198; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 524, pag. 361; Buniva, vol. II, pag. 108; Borsari, *Comm.*, art. 202, § 490, pag. 768.

(3) V. vol. I, n. 206, pag. 343.

concepimento. Ora, non entra forse in queste viste di tutelare gl'interessi del nascituro, anche col vietare che nello intervallo tra il concepimento e la nascita di lui il suo genitore possa assumersi un figlio adottivo, che venga a rapirgli l'affetto paterno, a concorrere con lui nei diritti di educazione, di alimenti, di successione? Sarebbe dunque permesso al genitore od ascendente, fino all'estremo momento della nascita del figlio o discendente legittimo, lo adottare un estraneo? Ciò sarebbe manifestamente contrario allo spirito della legge, la quale non volle ammettere la adozione, se non come sussidio per chi non ha nè può sperar prole o discendenza legittima. Ma, si obbietta, il genitore o l'ascendente può avere ignorato il fatto del concepimento; e in tal caso non v'è ragione di rimproverargli d'avere preferito un estraneo al proprio figlio o discendente. Chi volesse seguire logicamente questa idea dovrebbe distinguere tra il caso in cui l'adottante avesse saputo e quello in cui avesse ignorato il concepimento del figlio o discendente legittimo; e ritenere annullabile nel primo caso, efficace nell'altro l'adozione. Ma questa distinzione, di cui manca affatto la base nel testo, diverrebbe arbitraria; nè d'altro lato sarebbe giusto che l'errore in cui fosse caduto l'adottante disperando di avere una prole legittima, che invece fosse già in gestazione, nuocesse a questa prole medesima col convalidare l'adozione di un estraneo, che senza quello errore sarebbe stata nulla.

S'insiste ancora osservando, che l'adozione, una volta compiuta, dev'essere *immutabile;* e che ciò non sarebbe più vero quando l'efficacia dell'adozione, compiuta da chi aveva un figlio o discendente legittimo solamente concepito a quel tempo, dovesse dipendere da avvenimenti futuri ed incerti, quali sarebbero la nascita e la vitalità di quel discendente. Vi sono più risposte da fare. È vero ciò che dice il *Valette*, che “ l'adozione, quando sia formata, *costituisce dei rap-* “ *porti fissi ed immutabili* „; ma bisogna perchè possa raggiungere un tal fine che sia *formata legalmente*. Ora appunto

il solo concepimento d'un figlio o discendente legittimo dell'adottante basterebbe — secondo l'opinione universalmente accettata — ad *impedire la formazione legale dell'atto di adozione*. E nella disputa sollevata su questo punto sembra quindi fuori di luogo l'argomentare da quella immutabilità, che supporrebbe già *perfetta l'adozione*. In secondo luogo, questa *immutabilità* non consisterebbe in altro che nella *irrevocabilità*, la quale abbiam veduto essere un carattere distintivo dell'adozione, ogni volta ch'essa sia legalmente costituita. Ma qui non si tratterebbe già di considerare l'adozione come *rivocabile per sopravvenienza di figli o discendenti legittimi* all'adottante; bensì di qualificarla come *nulla fin dall'origine* per la esistenza d'un figlio o discendente legittimo già concepito nel tempo in cui l'adozione fu fatta. E la nascita e la vitalità di quel figlio o discendente non sarebbero veramente, come si vorrebbe fare apparire, *avvenimenti futuri ed incerti*, da cui si facesse dipendere, come da *condizioni risolutive*, la rivocazione dell'adozione; ma sarebbero fatti che verrebbero in certo modo a complemento del concepimento anteriore all'adozione, e che, attribuendo al neonato una capacità giuridica retroattiva ne' suoi effetti fino dal tempo del concepimento medesimo, lo porrebbero quindi in condizione di poter impugnare *come nulla* l'adozione fatta dal suo ascendente legittimo dopo quel tempo.

15. Dimostrato così che basti, al tempo dell'adozione, il concepimento di un figlio o discendente legittimo, che nasca poi vivo e vitale, per doversi dichiarare nulla l'adozione che sia stata fatta dal genitore od ascendente; resta a risolversi l'altra più grave questione riguardante la determinazione del tempo nel quale quel concepimento debba riputarsi avvenuto. Ben s'intende che la definizione di questo punto non può bastare per risolvere la questione della validità o nullità dell'adozione. La dicemmo nulla *se al tempo di essa* fosse già concepito un

figlio o discendente legittimo dell'adottante. Ma quale dobbiamo intendere che sia precisamente il *tempo dell'adozione?* È quello del consenso prestato dalle parti, o quale altro? Questa è una quistione diversa, e della sua soluzione ponemmo già la base, quando stabilimmo quale sia, secondo la nostra legge, il momento in cui l'adozione divenga giuridicamente perfetta (1); e sulla quistione medesima dovremo ritornare più innanzi, esponendo le teorie relative al tempo in cui debbano verificarsi le varie condizioni richieste dalla legge per l'adozione. Frattanto resta sempre a determinarsi con quali norme si possa fissare il tempo del concepimento del figlio o discendente legittimo, allorchè, essendo egli nato posteriormente all'adozione, ma pretendendosi che fosse già concepito prima di essa, si fondi su ciò la domanda di nullità dell'adozione stessa, fatta dal genitore od ascendente.

Le opinioni degli autori Francesi su questo punto erano profondamente discordi. V'era chi riteneva doversi applicare anche in questa materia le identiche norme, che la legge ha stabilite per determinare il tempo del concepimento in ordine alla legittimità della filiazione (2); e chi professava la massima assolutamente opposta, che cioè le presunzioni stabilite dalla legge intorno alla durata della gestazione, dovendosi riguardare solamente come norme eccezionali e di favore per la filiazione legittima, non fossero estensibili ad altra materia, epperò, non essendovi regola positiva, spettasse ai giudici il dichiarare, secondo la convinzione che traessero dalle circostanze particolari dei casi, in qual tempo dovesse ritenersi avvenuto il concepimento del figlio o discendente legittimo dell'adottante, e fosse in loro facoltà di dichiarare anche che la gestazione avesse durato meno di 180 o più di 300 giorni (3). Tra queste due opinioni estreme, una terza, che prescegliava una via

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 18 e seg.
(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 255-256; Duranton, t. III, n. 278.
(3) V. Laurent, t. IV, n. 198, pag. 282.

intermedia, acquistò prevalenza. Ammetteva essa che fossero applicabili anche in questa materia le presunzioni stabilite dalla legge, in rapporto alla filiazione legittima, *per determinare i limiti massimo e minimo* di durata della gestazione; di guisa, che se un figlio o discendente legittimo dell'adottante nascesse *prima che fossero trascorsi* 180 *giorni da quello dell'adozione*, questa dovesse necessariamente dichiararsi *nulla*, e all'opposto fosse indubbiamente *valida* qualora quel discendente *fosse nato trecento giorni dopo l'adozione* stessa. Ma se la nascita fosse avvenuta *nell'intervallo tra i* 180 *ed i* 300 *giorni dopo quello dell'adozione*, ritenevasi che il dubbio sull'anteriorità o posteriorità del concepimento, rispetto al tempo dell'adozione medesima, non avesse a risolversi (come è stabilito pel caso in cui sia in questione lo stato legittimo del figlio) nel senso più favorevole al figlio stesso, lasciando ch'egli potesse assegnare al suo concepimento quel momento che più giovasse al suo interesse in tutto il periodo decorso dal 300° al 180° giorno avanti la sua nascita; ma la risoluzione spettasse al potere discrezionale dell'autorità giudicante, illuminata dalle circostanze particolari dei casi e dall'avviso delle persone dell'arte (1).

Quest'ultima opinione fu adottata anche da alcuni trattatisti del codice nostro (2). Il *Borsari* insegna all'opposto, che basti essere nato un figlio o discendente legittimo dell'adottante *entro i* 300 *giorni dall'atto dell'adozione*, perchè il concepimento di lui abbia a ritenersi *anteriore all'atto medesimo*, e questo perciò debba considerarsi come *nullo* (3). Il che vale esclusione assoluta d'ogni arbitrio dell'autorità giudicante nel determinare l'anteriorità o posteriorità presumibili del concepimento del figlio o discendente legittimo. Se questi nacque tra il 180° e il 300°

(1) V. Marcadé, art. 343, § V, t. II, n. 101; Demolombe, t. VI, n. 17; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 4.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, § 524, n. 3, pag. 361-362; Buniva, vol. II, pag. 108-109.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 202, § 490, pag. 768.

giorno dopo l'adozione, non è così certo che al tempo di essa egli fosse già concepito, come lo sarebbe se la nascita fosse avvenuta prima dei 180 giorni; ma non è nemmeno certo che sia stato concepito posteriormente all'adozione, come avverrebbe se fosse nato dopo 300 giorni da essa. Il dubbio dev'essere risolto, non già col potere discrezionale dei giudici, prendendo norma dalle circostanze e dall'avviso delle persone dell'arte, ma colla presunzione favorevole al discendente legittimo, ritenendo cioè il suo concepimento come anteriore all'adozione, e pronunciando quindi la nullità di essa. Questa dottrina concorda colla massima già dimostrata, e della quale abbiamo fatta applicazione in più occasioni, che cioè la regola stabilita dall'art. 160 codice civile, e riguardante il tempo del concepimento, non sia da considerarsi come ristretta alla sola specialità della filiazione legittima, ma come un principio ritenuto dalla legge come fondamentale, e di cui l'articolo predetto non fa che un'applicazione speciale in materia dello stato di filiazione legittima (1). Non possiamo dunque, quanto a noi, esitare nell'ammettere la dottrina abbracciata dal *Borsari*. Per altro può darsi il caso che si debba considerare come *concepito dopo l'adozione* — la cui validità debba quindi esser mantenuta — un figlio che pur sia *nato entro i* 300 *giorni dall'adozione stessa*. Suppongasi che meno di 100 giorni dopo l'adozione, l'adottante abbia contratto matrimonio, e che 200 giorni dopo la celebrazione di questo la moglie abbia partorito un figlio. Applicando la regola stabilita dalla legge circa la massima durata possibile della gestazione, potrebbesi veramente ritenere che questo figlio fosse stato *concepito prima dell'adozione*. Ma siccome l'impugnazione della validità di quest'atto si fonderebbe sull'essere quel figlio stato *concepito durante il matrimonio* e quindi legittimo, ed essendo il *matrimonio posteriore all'adozione*,

(1) V. vol. III, n. 4, pag. 11, 13; n. 90, pag. 592, 594; n. 137, pag. 858 e seg.; n. 180, pag. 1075.

bisognerà dunque considerare anche il *concepimento del figlio come posteriore all'adozione*, la quale pertanto non potrà essere attaccata di nullità.

16. Abbiamo già notato come siano giustamente parificati i figli o discendenti *legittimati* ai *legittimi d'origine*, in quanto ciò impedisca al loro ascendente di adottare. E poichè la legge parla in genere di *discendenti legittimati*, non può dubitarsi che siano compresi nella disposizione tanto i casi di *legittimazione per susseguente matrimonio*, quanto quelli di *legittimazione per decreto reale*. Ciò è anche conforme a ragione; poichè sì l'una che l'altra specie di legittimazione produce uguali effetti, attribuendo ai legittimati *la qualità e i diritti di figli legittimi* (art. 196, 197, 201 codice civile). La differenza consiste, come sappiamo, unicamente *nel tempo;* in quanto che gli effetti della legittimazione per matrimonio prendono vigore dal momento in cui esso venne celebrato, o dal riconoscimento de' figli, se questo fu posteriore al matrimonio, mentre quelli della legittimazione per decreto reale decorrono soltanto dalla data del decreto medesimo. Nè gli uni nè gli altri sono mai *retroattivi;* e da ciò deriva una conseguenza importante, rispetto all'impedimento che la legittimazione d'un figlio o discendente arreca all'adozione che l'ascendente voglia fare; e cioè quell'impedimento non risale, come pei figli legittimi, fino al tempo del presumibile concepimento di essi, ma comincia soltanto dalla celebrazione del matrimonio, o dal riconoscimento de' figli, o dal giorno dell'ottenuto decreto di legittimazione, secondo i casi. È quindi valida l'adozione, che siasi compiuta prima del tempo, in cui la legittimazione de' figli o discendenti dell'adottante sia divenuta legalmente efficace, sebbene sia stata fatta dopo che quei figli o discendenti erano concepiti o nati.

17. I casi finora contemplati erano di *figli concepiti durante il matrimonio*, e di *figli nati fuori di matrimonio, ma*

legittimati. Resta però un terzo caso, che è quello di un *figlio nato durante il matrimonio, ma concepito prima della celebrazione di esso*. Quale dovrà essere allora la sorte dell'adozione, che sia stata compiuta dal genitore di questo figlio?

Abbiamo lungamente svolta altrove la grave questione, che s'è agitata e si agita intorno al determinare quale precisamente sia lo stato che la legge attribuisce al figlio nato durante il matrimonio, ma già concepito prima di esso; se cioè debba egli riguardarsi come *legittimo* d'origine, o come figlio naturale *legittimato* (1). Ma qualunque pur fosse lo scioglimento che a quella questione si volesse dare, esso non influirebbe per nulla sul quesito attualmente proposto; imperocchè la legge vieta l'adozione tanto a chi abbia *discendenti legittimi* quanto a chi ne abbia *legittimati*; e il figlio, nato in costanza del matrimonio, prima del quale sia stato concepito, o si voglia considerarlo come *legittimo di origine*, o come *legittimato* semplicemente, acquista ad ogni modo *la qualità di legittimo dal giorno della celebrazione del matrimonio* durante cui nacque. Laonde tutto riducesi ad una distinzione semplicissima: o l'adozione è *anteriore al matrimonio* da cui trae la qualità di legittimo il figlio o discendente dell'adottante ed è *incontestabilmente valida*; od è *posteriore alla celebrazione di quel matrimonio*, ed è irreparabilmente *nulla*. Tale infatti era la massima professata anche da quelli, tra gli autori Francesi, i quali opinavano che il figlio, nato durante il matrimonio, ma concepito prima della celebrazione di esso, non potesse considerarsi come *legittimo*, ma solo come *tacitamente legittimato*. Così il *Duranton*, supponendo che *l'adottante si fosse ammogliato dopo l'adozione*, e la moglie sua avesse partorito prima del 180° giorno dal matrimonio, diceva che *la nascita del figlio, sebbene non disconosciuto e sebbene nato entro i 300 giorni da quello dell'adozione, non l'annullerebbe*; perchè tratterebbesi d'un *figlio tacitamente legitti-*

(1) V. vol. III, n. 6, pag. 21, 33.

mato, e perchè la legittimazione non ha mai effetto retroattivo (1). Alla quale massima doveva necessariamente corrispondere l'altra, che *se l'adottante si fosse ammogliato prima dell'adozione*, e un figlio fosse nato entro 180 giorni dalla celebrazione di quel matrimonio, *l'adozione dovesse esser nulla;* perciocchè anche l'esistenza d'un figlio legittimato impediva di adottare, e l'attribuzione della qualità di legittimo al figlio cominciando, nel caso supposto, dalla celebrazione del matrimonio, e questa essendo stata anteriore all'adozione, non v'era bisogno, per giungere all'annullamento di questa, di supporre retroattivo l'effetto di quella attribuzione della qualità di figlio legittimo. Non sembra però che questo punto sia inteso così dall'egregio nostro cons. *Borsari;* il quale, dopo aver riferita la dottrina sovraccennata del *Duranton*, si esprime come segue: " Potrebbe " per altro sorgere una difficoltà dall'art. 202, che pone in " identica condizione e i *legittimi* e i *legittimati*. Ma io ri- " tengo che si parli *della vera e propria legittimazione*, e " non di quella similitudinaria, ch'io chiamai *sui generis*, " e si asconde nell'art. 161; tanto più che essendo il rifiuto " rimesso alla volontà del marito, dipenderebbe da questa " sua volontà eludere i diritti acquisiti dal figlio adot- " tato „ (2).

Ecco dunque quale si parrebbe la interpretazione data dall'illustre autore al nostro art. 202: l'adozione sarebbe impedita dall'esistenza d'un figlio o discendente *legittimo*, perchè *concepito durante il matrimonio*, e parimente dalla esistenza d'un figlio o discendente *nato fuori di matrimonio ma legittimato;* mentre non sarebbe impedita punto dall'esistenza d'un figlio o discendente *nato in costanza di matrimonio, ma concepito prima della celebrazione di esso*, quantunque non si possa a meno di considerarlo o come *legittimo* od almeno come *legittimato*. E perchè la disposi-

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 278.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 202, § 490, pag. 768.

zione della legge sarebbe posta così in una manifesta contraddizione, si cercherebbe di scusarnela osservando, che *non si tratterebbe d'una legittimazione vera e propria, ma similitudinaria e sui generis*. Accordiamo che se mai fosse una vera legittimazione, quella del *figlio nato durante il matrimonio, ma prima che fossero trascorsi* 180 *giorni dalla sua celebrazione*, sarebbe di una specie singolare; tanto che a noi parve anzi doversi ammettere invece che si tratti di una vera legittimità d'origine, differente dall'ordinaria per ciò solo, che non riveste il figlio della qualità di legittimo *fino dall'istante del suo concepimento*, ma solo *dal giorno della celebrazione del matrimonio tra i genitori* (1). Ma, se mai, quella legittimazione sarebbe *similitudinaria*, sarebbe *sui generis*, perchè i suoi caratteri si accosterebbero più a quelli della *legittimità d'origine*, che a quelli della *legittimazione* propriamente detta. Ciò è tanto vero, che anche qui, come nella legittimità d'origine, l'attribuzione della qualità di legittimo al figlio è opera esclusiva della legge, senza bisogno che intervenga il riconoscimento espresso dei genitori; che *si presume la paternità del marito*, salva a lui soltanto la facoltà di denegarla; che il figlio è investito della qualità di legittimo anche *prima della sua nascita*, e se non fino dal giorno del concepimento, da quello almeno della celebrazione del matrimonio tra i suoi genitori. Or come mai dal fatto che quel figlio si trovasse in una condizione giuridica, che sarebbe qualche cosa di più della semplice *legittimazione*, qualche cosa che si accosterebbe maggiormente alla *legittimità d'origine*, potrebbe derivarne che quel figlio stesso rimanesse escluso da un beneficio comune tanto al legittimo d'origine quanto al legittimato, qual è quello di impedire l'adozione, che il suo genitore od ascendente volesse fare? Confessiamo di non saperlo comprendere. Si osserva ancora, che, a termini dell'art. 161, potendo il marito rifiutare senz'altro la sua paternità al

---

(1) V. vol. III, n. 6, pag. 27, 30.

figlio nato prima che siano trascorsi 180 giorni dal matrimonio, *dipenderebbe dunque dalla sola volontà di lui l'eludere i diritti acquisiti dal figlio adottato*. Ma perchè questo argomento avesse qualche efficacia, bisognerebbe supporre che *per eludere i diritti acquisiti dall'adottato*, o in altri termini per far luogo all'annullamento dell'adozione, l'adottante accettasse una paternità non sua, omettendo di esercitarne il disconoscimento entro i termini prefissi dalla legge, o riconoscendo tacitamente come proprio il figlio coll'assistere all'atto di nascita. Un'ipotesi così contraria a tutto ciò che si può ragionevolmente prevedere non sarebbe certo così grave ed importante da giustificare che sul fondamento di essa si fosse negato, in tutti i casi — che saranno immensamente più frequenti — nei quali appartenga veramente all'adottante la paternità del figlio partorito dalla moglie sua, il diritto di far annullare l'adozione posteriore alla celebrazione del matrimonio dell'adottante stesso, posteriore quindi al tempo in cui il figlio precocemente nato acquistò per virtù della legge la qualità di legittimo.

18. Dimostrammo già essere canone fondamentale, che l'indicazione fatta dalla legge dei figli o discendenti dell'adottante *legittimi o legittimati*, come quelli la cui esistenza esclude la capacità attiva all'adozione, abbia a ritenersi assolutamente per *tassativa* (1). Da ciò segue pertanto, che l'esistenza di figli semplicemente *naturali*, ancorchè legalmente riconosciuti o giudizialmente dichiarati tali, e molto più poi quella di figli non riconoscibili legalmente, non possa mai fare ostacolo all'adozione. Questa massima infatti non ha incontrate opposizioni nella dottrina (2). Vero è che nella nostra legislazione, a differenza

---

(1) V. sopra, n. 12, pag. 36.

(2) V. Toullier, t. II, n. 986; Duranton, t. III, n. 278; Marcadé, art. 343, § V, t. II, n. 101; Demolombe, t. VI, n. 18, 2; Aubry et Rau, sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 6; Laurent, t. IV, n. 197.

della Francese, è dichiarato espressamente che " i figli " nati fuori di matrimonio non possono essere adottati " dai loro genitori „ (art. 205 codice civile); ma ciò non include ch'essi formino ostacolo ai genitori stessi per adottare estranei, nè se ne avrebbe una ragione sufficiente. Come vedremo più oltre, fu vietato ai genitori di adottare i figli loro nati fuori di matrimonio, per togliere un modo di eludere le prescrizioni della legge relative alla legittimazione; per spingere i genitori stessi ad usare di questo mezzo allo scopo di dare ai loro figli naturali i diritti della legittimità, e più specialmente per non distoglierli dal contrarre a questo fine il matrimonio tra loro. Ma se nondimeno queste viste del legislatore non sieno assecondate dai genitori, i quali per motivi, che possono essere abbastanza gravi e di cui è lasciato esclusivamente a loro l'apprezzamento, non pensino a far entrare nella propria famiglia legittima figli che essi abbiano avuti fuori di matrimonio, non è perciò da ritenersi che debbano privarsi i genitori stessi del conforto di procurarsi quel simulacro di filiazione legittima, che si è voluto costituire nell'adozione, assumendo come figli adottivi persone estranee; mentre poi non è per questo preclusa la via a potere più tardi legittimare per susseguente matrimonio, od anche per decreto reale, gli stessi figli naturali. Vero è che allora si troverebbero questi a concorrere nell'esercizio dei loro diritti, specialmente di successione, colle persone precedentemente adottate dal loro genitore. Ma di ciò non potrebbero lamentarsi, quasi fosse lesivo delle loro ragioni, mentre essendo queste state acquistate posteriormente all'adozione, è troppo naturale e giusto che non possano cancellare la qualità precedentemente acquisita dai figli adottivi, nè sopprimere i diritti che a questi ne derivarono.

19. In diritto Francese era accolta senza contrasto la massima, che il figlio *morto civilmente*, non esistendo più nella famiglia agli occhi della legge, dovesse conside-

rarsi come se fosse morto naturalmente, per lasciare al genitore di lui la facoltà di adottare. Soppresso l'istituto della morte civile, e ridotto l'effetto delle massime condanne penali a recare al condannato la sola perdita dei *diritti politici* e di *alcuni tra i diritti civili espressamente e tassativamente determinati dalla legge* (art. 3 dispos. transit.), è certo per noi che l'esistenza d'un figlio o discendente legittimo o legittimato, sebbene avesse subìta condanna all'ergastolo o ai lavori forzati, toglierebbe pur sempre al genitore di lui la capacità attiva all'adozione. Trovano applicazione anche qui i principii superiormente dimostrati, che la disposizione di legge escludente la capacità di adottare, per chi abbia discendenti legittimi o legittimati, è assoluta, nè ammette distinzione di sorta; e che la sola qualità di figli legittimi, indipendentemente da ogni altra considerazione, produce quella incapacità (1).

20. Pel caso in cui il figlio o discendente legittimo o legittimato dell'adottante si trovasse assente al tempo dell'adozione, è stato sollevato qualche dubbio; che però si risolve facilmente coi principii fondamentali, che intorno all'assenza furono dimostrati. Sappiamo infatti essere carattere distintivo dell'assenza, in qualunque periodo essa sia, la completa incertezza sull'esistenza dell'assente, la impossibilità di provare la vita o la morte di lui (2). Sappiamo inoltre, pei principii fondamentali risguardanti alle prove, che quando l'esistenza o l'esercibilità di un dato diritto o facoltà dipenda dall'essere vivente o morta una persona in un determinato momento, spetta a chi invoca quel diritto o vuole esercitare quella facoltà l'onere di provare che di quella persona durasse ancora la vita o fosse avvenuta la morte nel tempo a cui il diritto reclamato si riferirebbe. Dalla combinazione di queste regole deriva

(1) V. sopra, n. 12-13, pag. 36-37.
(2) V. vol. I, n. 287, pag. 518; n. 288, pag. 521.

facilmente la risoluzione del quesito che abbiamo presentato. In esso però occorre la distinzione di due casi diversi. Può essere che si tratti d'una *adozione da farsi*, alla quale si dubiti se possa opporre impedimento l'incerta esistenza d'un discendente legittimo, assente, dell'adottante; o che si tratti d'un'*adozione già compiuta*, della quale s'impugni la validità adducendo questa causa di incapacità dello adottante.

Nel primo caso vorrebbesi esercitare un diritto facoltativo, qual è quello di adottare, che richiederebbe per condizione di capacità dell'adottante ch'egli *non avesse discendenti legittimi o legittimati*; e supponendosi constare che egli aveva un discendente legittimo, spetterebbe quindi all'adottante l'onere di provarne la morte. Ora questa prova essendo impossibile per cagione dell'assenza, che lascia una completa incertezza circa l'esistenza della persona, ne deriva dunque inevitabilmente l'inammissibilità dell'adozione qualora si verifichi un tale stato di cose; e in questo caso la Corte d'appello non potrebbe certamente dichiarare che *tutte le condizioni della legge fossero adempite* (art. 215, n. 1°, cod. civ.), nè quindi potrebbe pronunciare l'omologazione dell'atto di adozione. Così dovrebb'essere, quand'anche l'assenza del discendente legittimo dell'adottante non fosse solo *presunta*, ma *dichiarata*, e quand'anche si fosse giunti all'ultimo stadio dell'*immissione in possesso definitivo* dei beni dell'assente. Nè varrebbe l'opporre che in questo periodo esercitandosi, non più provvisoriamente, ma definitivamente tutti i diritti dipendenti dalla morte dell'assente, fosse caso di dover considerare come legalmente provata questa morte, anche per l'effetto di liberare l'ascendente legittimo dell'assente dalla incapacità di adottare. È noto infatti che anche in rapporto ai beni stessi lasciati dall'assente è unicamente *il possesso* di essi, che acquista nell'ultimo stadio un carattere *definitivo;* ma il dominio, sebbene considerato come *incommutabile nei rapporti dei terzi e per loro benefizio*, è tuttavia *risolubile* nei rapporti tra i possessori e

l'assente, che ritorni o di cui sia provata l'esistenza (1). Così anche in quest'ultimo periodo i rapporti giuridici derivanti dall'assenza mantengono sempre quel carattere di mutabilità, che è consentaneo e corrispondente all'incertezza dominante sempre intorno alla vita od alla morte dell'assente. Ora questa incertezza, questa mutabilità di cose, che pure non potrebbe mancare di produrre le sue conseguenze anche sull'adozione, che venisse intanto permessa all'ascendente legittimo dell'assente, come potrebbe accordarsi con quella immutabilità che al contrario dev'esser propria d'un atto come quello di adozione, riguardante lo *stato delle persone?* Ammettendo che quell'ascendente potesse adottare, bisognerebbe poi accordare anche la *risolubilità* di tale adozione, se il discendente legittimo assente ritornasse, o fosse almeno provato che la sua morte fosse avvenuta solamente dopo che l'adozione fu fatta. E ciò sarebbe contrario ai principii, che regolano l'adozione, come modificazione ch'essa è dello stato personale (2).

Supponiamo però che non ostante questa massima, la cui dimostrazione sembra certa, l'adozione sia stata compiuta, o perchè la Corte d'appello abbia creduto di dover seguire una massima opposta ed abbia pronunciata l'omologazione, o perchè siasi riuscito a dissimulare che l'adottante avesse un discendente legittimo assente, o perchè con falsi documenti siasi fatto constare della morte di lui. Veniamo così all'altro caso in cui cada la contestazione sul domandato annullamento dell'adozione. Affinchè la nullità potesse essere pronunciata sarebbe allora necessario che chi ne chiede la dichiarazione *provasse che il discendente legittimo dell'adottante viveva ancora al tempo dell'adozione;* essendo questa la condizione dell'*incapacità dell'adottante*, sulla quale fonderebbesi la domanda di annullamento dell'adozione, dovendosi sempre presumere la capacità in

(1) V. vol. I, n. 372, pag. 711-712.
(2) V. Demolombe, t. VI, n. 21.

chi compì un atto finchè non sia provato il contrario. Se dunque non si possa dall'attore somministrare la prova che il discendente legittimo assente viveva ancora al tempo in cui l'ascendente di lui fece l'atto di adozione, se anche relativamente a questo tempo si rimanga nei termini di una vera *assenza*, cioè di una completa incertezza sull'esistenza di quel discendente, altrettanto incerta dovrà rimanere la validità o nullità dell'adozione, e l'azione intentata dovrà essere, nello stato attuale, respinta (1). Dagli stessi principii vedemmo derivare massime analoghe, allorchè si trattava della validità o nullità del matrimonio contratto dal coniuge d'un assente (2).

21. III. " Niuno può avere più figli adottivi, se non " siano stati adottati col medesimo atto „. Con questa disposizione l'art. 203 del nostro codice ha modificata una massima accolta dagli interpreti del codice Francese; nel quale non incontrandosi proibizione di adottare più figli, fosse poi in un solo atto o in più atti successivi, ed anzi dichiarandosi nell'art. 348 *proibito il matrimonio tra i figli adottivi di una stessa persona*, era quindi ammesso da tutti gli autori che una stessa persona potesse adottarne più, o contemporaneamente od anche per atti separati (3). Osservavasi che l'adozione essendo una imitazione della natura, era logico che, come possono trovarsi in una famiglia più figli legittimi, così potessero esservi più figli adottivi; che i primi adottati non avrebbero avuto ragione di querelarsi d'alcuna lesione dei loro diritti per una nuova adozione, giacchè non poteva esser caso di frode alla legge in ciò che dalla legge non era vietato; che infine ad ogni inconveniente possibile avrebbe ovviato

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 22.
(2) V. vol. II, n. 52, pag. 137-139.
(3) V. Delvincourt, t. I, pag. 255; Toullier, t. II, n. 986; Marcadé, art. 343, § V, t. II, n. 101; Demolombe, t. IV, n. 18, 1; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 7; Laurent, t. IV, n. 197, pag. 281.

la prudenza dei magistrati, i quali non sarebbersi facilmente indotti ad autorizzare, se non per cause riconosciute giuste, una seconda adozione da parte di chi avesse già altri figli adottivi. A queste considerazioni, ottime tutte quando si adducevano per una legislazione già vigente, che serbava assoluto silenzio sul potersi o no adottare successivamente più persone, potevano contrapporsene altre quando si trattasse di accettarle come motivi per stabilire speciali disposizioni in una legge da farsi. L'essersi voluto trovare nell'adozione una imitazione della natura, poteva bensì giustificare che si lasciasse la facoltà di procurarsi più figli adottivi, ma a tale principio si poteva soddisfare abbastanza esigendo tuttavia che in tal caso venissero adottati quei figli *col medesimo atto*. Certo è che se la legge avesse permesso anche più adozioni successive, il primo adottato non avrebbe avuto ragione di lagnarsi che fossero offesi diritti acquistati anteriormente da lui; poichè la legge stessa, da cui gli derivava il benefizio dell'adozione, non glielo avrebbe concesso se non a questa condizione, che potessero dalla stessa persona essere adottati altri ancora. Ma era da vedere se convenisse ai fini, pei quali questa istituzione fu creata dal diritto positivo, il permettere le successive adozioni. E sotto tale aspetto appariva manifesto che l'adozione, essendo istituita per conforto di coloro che non hanno discendenza legittima, a cui trasmettere il loro nome e il loro patrimonio, avrebbe mancato al fine per cui èra stata dalla legge istituita qualora si fosse permesso a chi aveva già figli adottivi di procedere ad una seconda adozione. È vero che in casi speciali potrebbe verificarsi l'utilità di fare una nuova adozione esistendo ancora un figlio adottato precedentemente; ma il rimettere la decisione su ciò alla prudenza dei magistrati poteva sembrare meno conveniente, in materia quale è questa di stato personale, di quello che fosse il definir tutto rigorosamente e testualmente con la disposizione della legge, guardando a ciò che più comunemente si verifica e trascurando i casi di

eccezione, pei quali potessero forse essere più opportuni provvedimenti diversi. D'altra parte non era neppur da dimenticare che trattavasi d'una istituzione creata dal solo diritto positivo, dal quale perciò poteva limitarsene entro stretti confini la concessione. Queste ragioni avevano già fatto introdurre in alcuni dei codici preesistenti all'attuale la massima, che *non si potesse* adottare *un figlio da chi ne avesse un altro adottato precedentemente*, ma si potesse *adottare anche più di un figlio, purchè ciò si facesse col medesimo atto*. Così disponevano il codice Parmense (art. 140, 141), l'Albertino (articolo 189) e l'Estense (articoli 176, 177). Ed è la stessa massima che fu riportata nell'articolo 203 del codice vigente.

Da questa disposizione emerge chiarissimamente, che l'aver già figli adottivi è per legge una causa d'incapacità a compiere una nuova adozione; che questa pertanto sarebbe irreparabilmente nulla; che nessuna facoltà è lasciata intorno a ciò alla Corte d'appello, la quale, qualunque circostanza si adducesse per giustificare il proposito di questa seconda adozione, non potrebbe mai omologarla, giacchè non potrebbe proclamare *adempite tutte le condizioni della legge*, secondo il disposto dell'articolo 215, n. 1°; che però ciò che impedisce la nuova adozione non è già l'esser essa stata preceduta da un'altra, fatta dalla stessa persona, *ma l'aver questa altri figli precedentemente adottati*; i quali se fossero premorti, non vi è dubbio che la nuova adozione non potrebb'essere vietata.

22. IV. Del secondo paragrafo dell'art. 208 fa parte la disposizione seguente:

“ Se l'adottante ha padre, madre o coniuge vivente, “ sarà necessario il loro consenso „. Il codice Francese (art. 344, § 2) richiedeva soltanto il *consenso del coniuge dell'adottante*. Ugualmente era stabilito dal codice pel regno delle Due Sicilie (art. 267, § 2) e dall'Estense (art. 175). Il Parmense (art. 152) subordinava al *consenso del marito*

l'adozione che volesse fare la donna, ma non esigeva il consenso della moglie qualora il marito volesse adottare un figlio. Il codice Albertino, al contrario, stabiliva che, " se l'adottante ha padre o madre vivente, sarà necessario " il loro consenso per l'adozione „ (art. 188, § 2); oltrechè vietava che " nessun coniuge potesse adottare senza il " consenso dell'altro „ (art. 190, § 2). E queste due massime furono poi riportate nel codice attuale, riunendole in una sola disposizione. Esse possono giustificarsi per considerazioni d'interesse pecuniario e d'ordine morale. Sotto il primo aspetto è manifesto che gli interessi materiali del coniuge e del padre e della madre dell'adottante possono essere gravemente pregiudicati dall'adozione. Da essa infatti sorge a carico dell'adottante una obbligazione alimentaria (art. 211 cod. civile), che indirettamente nuoce al coniuge e può anche nuocere al padre ed alla madre dell'adottante stesso, ponendoli, nell'esercizio del diritto agli alimenti di cui possano eventualmente abbisognare, in concorrenza col figlio adottivo. Ne sorgono poi in favore dell'adottato dei diritti successorii pei quali, essendo egli pareggiato ad un figlio legittimo (art. 737, 806 cod. civ.), è chiamato a succedere *ab intestato* all'adottante ad esclusione anche del padre e della madre di lui (art. 736, 738 cod. civ.) e limita nella successione stessa i diritti del coniuge superstite (art. 753 cod. civ.); simili effetti ottiene anche per la porzione legittima riservata ai discendenti (art. 805, 807, 812 cod. civ.); e può far ridurre le liberalità testamentarie e le donazioni, sebbene fatte a pro dei genitori o del coniuge dell'adottante, che eccedano la porzione disponibile (art. 821, 1091 cod. civile). Perciò gli interpreti del codice Francese, volendo spiegare i motivi della disposizione, colla quale anch'esso proibiva ad ogni persona coniugata di adottare senza il consenso dell'altro coniuge, adducevano " che le condizioni dell'associazione " matrimoniale sarebbero state ingiustamente lese, se " questo nuovo aggravio dell'adozione non fosse stato

" concordato da tutte le parti interessate „ (1). E noi pure potremmo estendere una simile considerazione alla disposizione del § 2°, art. 208, che richiede anche il consenso del padre e della madre dell'adottante; dicendo che senza di ciò sarebbero ingiustamente offesi i rapporti derivanti dalla filiazione legittima. Ma è proprio giusto presentar la questione sotto l'aspetto di una lesione di diritti acquisiti? Ci sembra che siavi ragione di dubitarne, quando si parla di diritti successorii, i quali non possono mai essere acquisiti finchè la successione non sia aperta; e del diritto di alimenti, che dovendo sempre proporzionarsi ai mezzi di chi deve somministrarli, è soggetto per sua natura a subire gli effetti di qualunque atto pel quale il debitore degli alimenti diminuisca i proprii mezzi di fortuna, e dovrebbe quindi esser soggetto eziandio agli effetti dell'atto col quale, adottando un estraneo, si venisse a dargli il diritto di concorrere nel domandare all'adottante gli alimenti. Ma, a parte ciò, ed ammettendo per vera la massima, che coloro i quali, pei diritti di alimenti e di successione, sarebbero pregiudicati dall'adozione altrui, dovessero come parti interessate essere chiamati a consentirvi, è chiaro che l'applicazione della massima stessa dovrebbe essere assai più estesa che non l'ha voluta la legge; poichè non sono soltanto il coniuge o il padre o la madre dell'adottante, che, nei loro diritti di alimenti e di successione verso di lui, possono essere danneggiati dalla adozione. In fine poi, pur volendo ovviare questa lesione, non di diritti acquisiti, ma d'interessi eventuali, sarebbe bastato di stabilire che l'adozione *non potesse nuocere in nessun modo ai genitori ed al coniuge dell'adottante, se essi non vi avessero prestato il consenso;* senza esigere assolutamente questo consenso come condizione indispensabile per l'efficacia giuridica dell'adozione.

Senonchè, dovendosi considerare la questione anche

(1) V. Proudhon et Valette, t. II, chap. III, sect. II, § 1, n. 3, nª (6).

sotto l'altro aspetto dell'ordine morale, palesavansi in esso gravi ragioni per stabilire che la mancanza di consenso dei genitori e del coniuge non rendesse solo in rapporto a loro improduttiva di effetti l'adozione, ma dovesse portarne la nullità; chiaro essendo che l'adozione fatta da taluno, malgrado l'opposizione del coniuge o del padre o della madre di lui, non potrebbe mancare di divenire nella famiglia una cagione persistente di turbamento e di disaccordo. E sebbene questa considerazione avesse assai maggior forza per riguardo al coniuge, la cui convivenza coll'adottante renderebbe naturalmente più frequenti e gravi i disordini derivabili dall'intromissione d'un estraneo nella famiglia, fu però considerata come sufficiente anche per rispetto al padre ed alla madre dell'adottante. Nè certo vorremmo esser noi a censurare la nostra legge perchè abbia in questa parte abbondato di cautela nel restringere i limiti dell'adozione.

Quanto alla forma, in cui debba esser prestato il consenso del padre, della madre e del coniuge dell'adottante, vedremo più innanzi com'essa sia determinata dall'art. 213 del codice civile.

23. L'espressione generica dell'art. 208, § 2°, che parla *del padre e della madre* dell'adottante, senz'altro aggiungere, può lasciar dubbio se sia necessario il consenso anche dei *genitori naturali*, che abbiano *legalmente riconosciuto* l'adottante, o dei quali sia stata giudizialmente dichiarata la paternità o maternità rispettiva.

È questo uno dei casi, ai quali accennammo altra volta, in cui la legge fa uso di somiglianti espressioni generali, e che vedemmo doversi risolvere consultando i principii speciali di ciascuna materia, e nel dubbio ritenendo limitata la disposizione ai soli *parenti legittimi* (1). Ora, è ben vero che l'adozione fatta dal figlio naturale potrebb'essere

(1) V. vol. III, n. 151, pag. 930-931.

nociva all'interesse dei genitori, tanto pel diritto agli alimenti (art. 187 cod. civile), quanto per quello di successione intestata (art. 750 cod. civ.). Ma, come osservammo nel numero precedente, non è su questi rapporti di solo interesse materiale, che si fonda principalmente la proibizione di adottare senza il consenso del padre e della madre; ma piuttosto nella considerazione di interesse pubblico, che l'adozione compiuta non ostante e contro la volontà dei genitori potrebbe essere cagione di grave perturbamento nella tranquillità e nell'ordine della famiglia. Evidentemente sarebbe soverchio volere estendere anche ai rapporti tra genitori e figli naturali questa considerazione, che di natura sua contempla esclusivamente la famiglia legittima. Così non parrebbe doversi esitare nell'applicare anche qui la massima generale, secondo cui devesi propendere a ritenere come risguardante ai soli *genitori legittimi* la disposizione di legge che parla *del padre e della madre*, quantunque non vi sia aggiunta nel testo una tale qualificazione.

24. Potrebbe anche nascer dubbio se, in caso di premorienza del padre e della madre, qualora fossero rimasti superstiti, per rarissimo caso, avi od avole dell'adottante, dovesse ritenersi necessario il consenso di questi, a somiglianza di quanto dispone la legge pel matrimonio che vogliasi contrarre dal minore di anni ventuno. Ma, oltrechè non potrebbesi scorgere una sufficiente analogia tra le regole concernenti il matrimonio e quelle dell'adozione, e molto meno poi tra il matrimonio che si contragga da un minorenne, e l'adozione che non può farsi se non da chi abbia superata l'età di cinquant'anni; è inoltre da riflettere che l'articolo 208, § 2°, recando una limitazione alla capacità ordinaria per gli atti della vita civile — poichè subordina per questo atto speciale la capacità dell'adottante, che per le regole comuni sarebbe pienissima, alla condizione di dover riportare il consenso altrui

— deve quindi essere applicato rigorosamente nei termini dalla legge medesima dichiarati. Poco importa pertanto che alcuni dei motivi, pei quali fu richiesto il consenso dei genitori, possano, in mancanza di questi, essere applicabili anche agli ascendenti. D'altra parte il motivo principale, consistente nella temuta perturbazione dell'ordine della famiglia, perde assai di forza, se anche non scomparisce del tutto, allorchè, premorti il padre e la madre dell'adottante, l'atto a cui egli intende di addivenire non sia approvato dagli ascendenti ulteriori.

25. È chiaro, pei termini stessi in cui si esprime il testo, che il consenso individuale del padre, della madre e del coniuge dell'adottante forma una condizione indispensabile per la validità dell'adozione. La madre non è chiamata a consentire *in mancanza del padre*, ma insieme a lui, e col medesimo rigore di prescrizione; nè, in caso che i genitori fossero discordi, potrebbesi ritenere sufficiente il consenso del padre (1); nè contro il rifiuto di consenso da parte del padre o della madre o del coniuge farebbesi luogo a ricorrere all'autorità giudiziaria. Questi mezzi per supplire alla mancanza di consenso di alcuna delle persone chiamate dalla legge a prestarlo, poterono convenientemente ammettersi in altre materie, nelle quali quel consenso altrui era richiesto per la imperfetta capacità personale del principale contraente (V. art. 63, 64, 66, 67 cod. civile). Allora era giusto che il disparere tra le diverse persone, destinate dalla legge a proteggere il contraente non riputato perfettamente capace, non avesse a cagionare l'assoluta impossibilità legale dell'atto che si trattava di autorizzare, ma fosse designata dalla legge medesima una tra quelle persone, il cui avviso dovesse avere prevalenza; ed era giusto parimente che un capric-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 208, § 495, pag. 775; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 524, 5°, pag. 362.

cioso rifiuto di consenso non potesse divenire ostacolo insormontabile, e si concedesse perciò la facoltà di richiamarsene all'autorità giudiziaria. Ma qui siamo in tutt'altro ordine d'idee. I motivi, pei quali si richiede il consenso altrui nell'adozione, sono d'interesse personale di coloro stessi che sono chiamati dalla legge a prestarlo, e tendono a proteggere la tranquillità e l'ordine nelle relazioni famigliari. Di questi interessi, più morali ancora che pecuniari, solo ciascuna di quelle persone particolarmente e per proprio conto può esser giudice. Non sarebbe dunque ragionevole che, in caso di disaccordo tra esse, la volontà di una potesse imporsi a quella delle altre. Nè più logico sarebbe che contro il rifiuto di consenso si facesse luogo a richiamo davanti l'autorità giudiziaria; poichè il pronunziato di essa non varrebbe certamente ad impedire che un'adozione, disapprovata dai genitori o dal coniuge dell'adottante, portasse nelle relazioni famigliari quell'alterazione, che si volle evitare richiedendo il consenso di tali persone.

I soli casi, pertanto, nei quali possa farsi l'adozione senza il consenso di qualcuno di coloro da cui si deve richiederlo giusta l'art. 208, § 2°, sono quelli in cui *sia impossibile* riportare tale consenso. Poco importa, del resto, quale sia la causa di questa impossibilità; sebbene l'articolo nostro preveda veramente il solo caso di *premorienza* del padre o della madre o del coniuge. Ma in nessun caso può volersi l'impossibile; e se una di quelle persone sia, per qualunque causa, in condizione da non potere manifestare legalmente la propria volontà, per esempio per vizio di mente, per interdizione, per assenza presunta o dichiarata, è certo che sarà sufficiente il consenso delle altre. Ben s'intende che sarà necessario provare la causa di quella naturale e legale impossibilità, producendo davanti la Corte d'appello, che deve riconoscere e dichiarare *se tutte le condizioni della legge siano state adempite*, i documenti relativi, per esempio la sentenza d'inter-

dizione o di dichiarazione d'assenza, ovvero somministrando coi mezzi ordinari le prove dei fatti, che si adducano per giustificare la mancanza di consenso del padre o della madre o del coniuge dell'adottante (1).

26. Si è fatta questione se sia necessario il consenso del coniuge, ancorchè legalmente separato, dell'adottante. Il testo della legge è in termini assoluti, e non ammette questa distinzione. Tuttavia potrebbesi ritrovare una ragione per dubitarne nei motivi della disposizione; osservando che non sia più da temersi di turbare una convivenza già cessata, di causare la disunione tra due coniugi già separati. Ma se è cessata la convivenza, non manca perciò lo stato di famiglia, poichè il matrimonio non è sciolto; e gli effetti della separazione possono da un momento all'altro cessare pel comune accordo dei coniugi (art. 157 cod. civile). Ora la probabilità della riconciliazione potrebb'essere allontanata per l'adozione che si fosse compiuta dall'uno dei coniugi e venisse disapprovata dall'altro. — Ciò stesso porta dunque con sè quel pericolo di turbamento nell'ordine della famiglia, che la legge ha voluto evitare; e lo spirito concorda col testo della legge nel richiedere assolutamente il consenso del coniuge dell'adottante, senza distinguere se conviva con esso o se ne sia legalmente separato (2).

27. V. Il codice, nel determinare i fatti che la Corte d'appello deve accertare per pronunciare l'omologazione dell'atto di adozione che le sia presentato, annovera fra essi anche questo: " Se colui che vuole adottare " *goda buona fama* „ (art. 215, n. 2°, cod. civ.). L'adozione è considerata dalla legge come un atto di pura beneficenza, che è ammesso per conforto dell'adottante e per

(1) V. Borsari, l. c.

(2) V. Demolombe, t. VI, n. 28; Borsari, *Comm.*, art. 208, § 495, pag. 775. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 524, 5°, pag. 362; Buniva, vol. II, pag. 111;

vantaggio dell'adottato. Bisogna dunque rimuovere il pericolo che sotto le apparenze di un atto benefico si celino secondi fini disonesti; bisogna che l'adottato, aggiungendo al proprio cognome quello dell'adottante, non si associ al disonore di cui questi sia coperto, invece di innalzarsi ad una condizione sociale migliore. L'opinione pubblica sulla moralità dell'adottante è quella che il legislatore vuole che sia consultata; e se essa sia favorevole, varrà ad un tempo ad accertare che l'adozione convenga, come vuolsi, all'adottato dal lato dell'onore, e varrà a guarentire che le intenzioni dell'adottante siano veramente conformi ad un puro sentimento di beneficenza, e non si dirigano a fini immorali.

Può darsi talvolta che non occorra una prova specifica circa la buona o mala fama dell'adottante, perchè constino tali fatti i quali traggano seco necessariamente una cattiva riputazione in suo danno; come quando egli avesse subìta una condanna penale infamante e dalla quale non avesse ottenuta riabilitazione. Fuori di questo caso speciale, appartiene esclusivamente al potere discrezionale dei magistrati lo scernere e valutare le prove, che valgano a stabilire la buona fama dell'adottante. E questo loro potere è tanto più illimitato, in quanto nel decreto da pronunciarsi sulla chiesta omologazione dell'atto di adozione non devono esprimersi i motivi tanto in caso negativo che in caso positivo (art. 216 cod. civile). Un atto od attestato di notorietà potrebbe non essere ritenuto sufficiente. In ogni caso però le indagini della Corte d'appello, le informazioni ch'essa deve assumere, hanno sempre a restringersi in questa parte all'*opinione pubblica*, che si è formata intorno alla moralità dell'adottante. Certamente, se dalle informazioni assunte constassero alla Corte fatti, che non avendo acquistata notorietà, avessero lasciata intatta la buona fama dell'adottante, ma pure dimostrassero in lui una immoralità tanto più temibile in quanto si seppe ipocritamente occultarla, la Corte

potrebbe ed anzi dovrebbe negare l'omologazione; ma ciò non potrebbe dirsi che si fondasse sul *non godere buona fama* colui che vorrebbe adottare, ma piuttosto sul motivo più generico che l'*adozione non convenisse all'adottato*. Potrà sembrare che questa osservazione non conduca a conseguenze pratiche di alcuna importanza; poichè infine la Corte non ha da esprimere nel suo decreto se neghi l'omologazione per la mala fama dell'adottante o perchè l'adozione non convenga all'adottando, e, sia per l'una o per l'altra causa, il risultato finale è sempre ugualmente quello di respingere l'adozione. Tuttavia non manca forse una differenza, che può rendere di qualche utilità per la decisione della Corte la distinzione che facemmo. Se l'adottante ha cattiva fama, qualunque sia la causa da cui essa provenga, e sebbene per avventura essa non abbia fondamento giustificato in fatti positivamente e certamente provati, l'adozione deve senz'altro essere respinta, poichè la legge stessa la reputa per ciò solo sconveniente. Se al contrario l'opinione pubblica fosse favorevole all'adottante, perchè gli si potesse negare l'omologazione della adozione occorrerebbero prove positive e certe di fatti particolari, che manifestamente dimostrassero l'immoralità di lui, e bisognerebbe inoltre che questa immoralità fosse tale da poter temere che l'adozione riuscisse di danno all'adottando (1).

Sezione II.

Delle condizioni richieste nella persona dell'adottando.

Sommario. — 28. Quali condizioni richiedansi per la capacità assoluta ad essere adottato. — 29. (I) Dell'età necessaria nell'adottando. — 30. (II) Motivi della massima che nessuno possa essere adottato da più persone, se non da due coniugi. — 31. Applicazioni della parte *proibitiva* di questa regola stabilita dall'art. 204 cod. civ. — 32. Applicazioni della parte *permissiva* della regola stessa. — 33. (III) Del consenso, necessario a riportarsi, del padre, della madre e del coniuge dell'adottando. —

(1) Conf. Borsari, *Comm.*, art. 215, § 502, pag. 787.

34. Riferimento ad alcuni principii applicabili anche a questo consenso. — 35. Se in caso di disparere tra il padre e la madre dell'adottando, sia sufficiente il consenso del padre. — 36. Se possa essere necessario, in caso di premorienza dei genitori, il consenso degli avi. — 37. Se sia necessario il consenso dei genitori naturali dell'adottando. — 38. Del consenso d'entrambi i genitori legittimi, necessario per l'adottando, che sia minore di età. — 39. *Se l'adottando è minore*, la necessità del consenso dei genitori legittimi di lui non dipende dalla *patria potestà civile*, che spetti ai genitori medesimi. — 40. Il consenso della madre è indispensabile, non ostante che sull'adottando eserciti la patria potestà il padre di lui. — 41. Del caso in cui l'adottando sia *minore emancipato*. — 42. Del caso che il genitore sia stato privato dell'esercizio della patria potestà, per *abuso* di essa. — 43. Se all'avo, esercente la tutela legittima del minore, spetti individualmente di prestare il consenso all'adozione di lui. — 44. Del caso in cui l'adottando minorenne abbia viventi i proprii *genitori naturali*. — 45. (IV) Dell'*approvazione dell'adozione*, da riportarsi, pel minore, dal consiglio di famiglia o di tutela, quando i genitori dell'adottando non siano viventi.

28. Le condizioni richieste dalla legge nella persona che vorrebbesi adottare, sono le seguenti:

1° che l'adottando *abbia compiuta l'età d'anni diciotto* (art. 206 cod. civ.);

2° che *non sia adottato da altra persona*, salvochè dal coniuge dell'adottante (art. 204 cod. civ.);

3° che, se ha padre, madre, o coniuge vivente, ottenga il loro consenso (art. 208, § 2°, cod. civ.);

4° che se sia minorenne, e non abbia genitori viventi, ottenga l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 209 cod. civ.).

29. I. Il codice Francese (art. 346) aveva stabilita la massima, che " *l'adozione, in nessun caso, potrà aver luogo* " *prima dell'età maggiore dell'adottato* ". Volevasi da principio stabilire invece una regola affatto opposta, che cioè le sole persone minori di età potessero essere adottate; ma si proponeva insieme di concedere all'adottato, giunto all'età maggiore *la facoltà di rinunciare all'adozione*. In seguito fu un tale sistema giudicato inaccettabile, siccome contrario a quella *immutabilità*, che dev'essere carattere distintivo dei rapporti nascenti dall'adozione. Ma allora parve anche inammissibile che un minorenne, incapace agli atti ordi-

nari della vita civile, potesse efficacemente consentire in un contratto recante modificazione di stato personale, producente vincoli indissolubili. La legge — si disse — permetteva bensì a persone minori di età, sotto la condizione però di certe formalità abilitanti, di poter contrarre il matrimonio, che è anch'esso un vincolo ugualmente irrevocabile e indissolubile ed assai più importante d'una semplice adozione; ma era questa una *eccezione alle regole comuni*, ammessa in favore del matrimonio, come istituzione necessaria e fondamentale dell'ordinamento civile; e tale eccezione non doveva quindi estendersi all'adozione, che, ben lungi dal presentare somiglianti caratteri, è una creazione artifiziosa e meramente facoltativa del diritto positivo. Da ciò provenne la regola scritta nell'art. 346 del codice Francese. Essa però non mancava talvolta di produrre qualche spiacevole inconveniente, qual era quello che [richiedendosi l'età di 50 anni compiuti nell'adottante e di 21 anni compiuti nell'adottando] si verificava se, morto l'adottante durante la minorità di questo, si rendeva impossibile l'adozione. A ciò si volle rimediare mediante la *tutela officiosa*, e permettendo a colui che l'avesse esercitata per cinque anni di poter *adottare per testamento* il pupillo che *non fosse ancor giunto alla maggiore età* nel dì della morte del tutore officioso (art. 366 cod. Franc.). Le legislazioni italiane preesistenti all'attuale ammisero tutte la possibilità di adottare un minore, salvo l'adempimento di certe forme abilitanti (cod. Austriaco, § 181; cod. Nap., art. 270; cod. Parm., art. 145; cod. Alb., art. 192; cod. Est., art. 181). Il codice Albertino stabiliva inoltre che l'età minima dell'adottato dovesse essere di 18 *anni compiti*. — Fu questa regola che venne riprodotta anche nel codice Italiano, nel quale si stabilì allo art. 206 che " il minore non può essere adottato, se non " ha compiuta l'età di anni diciotto ".

In questa disposizione potrebbesi erroneamente scorgere una qualche analogia con quella che fissa ugualmente a

18 *anni l'età in cui l'uomo può contrarre matrimonio* (articolo 55 cod. civ.). Ma una tale supposizione è ben tosto distrutta se si riflette che l'articolo 206 è applicabile, pe' suoi termini generali ed assoluti, a qualunque minore, tanto uomo che donna, che non può mai essere adottato se non abbia compiuta l'età di 18 anni; e che d'altro lato i motivi che indussero a stabilire in 18 anni, per l'uomo, e in 15 anni compiuti, per la donna, l'età nella quale si può contrarre matrimonio, sono d'ordine affatto diverso da quelli che determinarono a fissare indistintamente a 18 anni l'età per poter essere adottato. Piuttosto può riscontrarsi una certa analogia colla disposizione, che permette *a* 18 *anni compiuti l'emancipazione* del minore. Vero è, che, mentre l'adozione ha base contrattuale, l'emancipazione altro non è che un *atto di autorità* del genitore esercente la patria potestà o la tutela legale, ovvero del consiglio di famiglia o di tutela, nè vi interviene affatto come elemento costitutivo il consenso dell'emancipando. Ma è pur vero ancora che sì l'uno che l'altro atto apportano una modificazione nello stato della persona; e vi è, se non altro, analogia di motivi nel concedere la facoltà di consentire ad essere da altri adottato a chi abbia raggiunta quella età, nella quale il suo stato personale diviene suscettibile d'essere modificato coll'emancipazione, per la quale egli può acquistare, relativamente ad alcuni degli atti ordinari della vita, una *capacità all'esercizio dei diritti civili*, che prima gli mancava assolutamente.

Era poi naturale, che poichè il legislatore nostro non avea riputato opportuno di adottare i rimedi della *tutela officiosa* e dell'*adozione testamentaria*, — coi quali il codice Francese aveva tentato di riparare in parte all'inconveniente che si verificava rendendosi talvolta impossibile qualche adozione che sarebbe stato invece opportuno e ragionevole ammettere — non accogliesse nemmeno la massima, da cui quell'inconveniente derivava, di vietare

cioè l'adozione per chiunque non avesse raggiunta l'età maggiore.

Dichiarati così i motivi dell'art. 206, è chiaro poi che per legge volendosi *compiuta l'età d'anni diciotto*, potrà farsi luogo all'adozione solamente *nel giorno successivo al diciottesimo anniversario del dì della nascita dell'adottando.*

La prova che siasi verificata questa condizione dell'età richiesta dalla legge, si somministra normalmente mediante l'esibizione dell'*atto di nascita* dell'adottando; ma qualora questa produzione fosse impossibile, per qualsivoglia causa, vi si supplirebbe col presentare in suo luogo un *atto di notorietà* redatto conformemente all'art. 80 del cod. civ., la disposizione del quale sembrerebbe applicabile in questo caso per manifesta analogia (1).

30. II. La seconda delle condizioni, che indicammo come necessarie per la capacità assoluta ad essere adottato, risulta dalla disposizione dell'art. 204 cod. civ., che si esprime nei seguenti termini:

" Nessuno può essere adottato da più persone, se non
" da due coniugi „.

Questa regola era stabilita con identiche parole dall'articolo 344 del codice Francese, ed era parimente stata accolta nel codice pel regno delle Due Sicilie (art. 267), nel Parmense (art. 144), nell'Albertino (art. 190) e nell'Estense (art. 180). — Sono in vero evidenti le ragioni che la giustificano. Potevansi porre due ipotesi diverse: che ad uno stesso individuo si volessero dare *più padri o più madri* per adozione; o che lo si volesse creare figlio adottivo *d'un uomo e d'una donna non legati tra loro dal vincolo matrimoniale.* Nell'un caso e nell'altro la *finzione legale* sarebbesi trovata in troppo manifesta opposizione colla verità, sarebbe divenuta troppo strana, per poterla stabilire. Come non è possibile in natura, così non dovevasi nemmeno ammettere

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 32.

per finzione di legge, che taluno potesse avere più padri o più madri, nè che potesse ritenersi legittimamente figlio adottivo di un padre e di una madre non vincolati tra loro dal matrimonio. È vero però che coll'ordine naturale non si accorda neppure l'adozione per sè stessa, in quanto essa colloca allato della paternità o maternità legittima e naturale una paternità o maternità puramente fittizia; ma almeno questa duplice paternità o maternità appartiene in tal caso a due ordini diversi, l'uno di natura, l'altro di creazione meramente giuridica; l'una è fondata nella realtà delle cose, l'altra si appoggia ad una finzione di diritto. Ma per ammettere invece che si potessero avere due padri o due madri adottivi bisognerebbe sfidare non solo la verità dei fatti, ma l'irragionevolezza della stessa finzione. Inoltre, elevandosi anche a concetti d'indole diversa e più importanti, essi conducono alla medesima conclusione. Se la legge avesse concesso a più persone, non coniugi, la facoltà di adottare uno stesso individuo, gli scopi dell'adozione sarebbero rimasti in gran parte frustrati. L'illusorio conforto di trasmettere il proprio cognome sarebbesi menomato, quando questo cognome si fosse dovuto congiungere a quello ancora d'un altro adottante. La speranza di assicurarsi tutto l'affetto dell'adottato ed avere in lui quasi un figlio sarebbe diminuita, quando questo affetto si fosse dovuto dividere con altra persona posta in identica condizione. L'adottante precedente specialmente troverebbesi deluso della fiducia per la quale erasi determinato ad adottare. L'adottato sarebbe impegnato in una situazione, nella quale le relazioni da lui contratte coi suoi adottanti ed i doveri che gli incomberebbero verso ciascuno di loro verrebbero facilmente in conflitto. Tra gli adottanti stessi sveglierebbesi una rivalità, che sarebbe causa di frequenti e non lievi inconvenienti. L'ammettersi poi che uno stesso individuo potesse essere adottato da un uomo e da una donna, che non fossero coniugi, creerebbe tra costoro dei rapporti, che per la moralità e la decenza pubblica sarebbe

meglio di non stabilire fra persone di sesso diverso ed estranee l'una all'altra; che se poi quelle persone fossero realmente il padre e la madre non conosciuti del figlio che adottassero, l'adozione stessa diverrebbe un mezzo per eludere il savio intendimento della legge, che vuole eccitare i genitori naturali a contrarre il matrimonio, offrendolo come unico modo di dare ai loro figli lo stato di legittimità. Quando però siano *due coniugi* che si determinino ad adottare un medesimo individuo, ogni difficoltà scomparisce. La finzione della legge si conforma allora perfettamente alla natura: e in luogo dei pericoli e degl'inconvenienti sopra notati subentra il vantaggio di rendere partecipi ambidue i coniugi di quei rapporti giuridici coll'adottato, che sarebbero ugualmente comuni tra loro, se la natura avesse loro conceduto quel figlio che dovettero invece chiedere ad una finzione della legge.

31. La proibizione recata dall'art. 204, *d'essere adottato da più persone*, è posta in termini generali ed assoluti; per modo che ogni distinzione o limitazione, che si volesse introdurre nell'applicazione di essa, diverrebbe arbitraria. Da questo principio traggonsi alcune conseguenze altrettanto importanti quanto evidenti.

Dovrebbe ritenersi *adottato da più persone* tanto colui del quale esse facessero un'adozione simultanea, nel medesimo atto, quanto chi, adottato già prima da una persona, lo fosse successivamente da un'altra. Ambedue questi casi sono dunque compresi nella proibizione della legge. I motivi di essa, quali furono esposti superiormente, sussistono pure sì nell'una che nell'altra ipotesi, quantunque nell'ultima presentino qualche maggiore gravità, in quanto la seconda adozione offenderebbe, anzi annullerebbe quella esclusività di rapporti coll'adottato, che il primo adottante intese di acquistare.

Il testo e la ragione della legge concorrono pertanto a far ritenere, che *un'adozione preesistente cagioni la nullità*

della nuova adozione, che altri facesse della persona medesima; e che qualora taluno fosse adottato da più persone, non coniugi, in un medesimo atto, tutte ugualmente *quelle adozioni dovessero considerarsi come nulle,* non essendovi alcun motivo di preferenza per cui potesse sostenersi piuttosto la validità dell'una che quella dell'altra.

Nel caso di adozioni separate, sarebbe anche contrario alla generalità della disposizione proibitiva della legge il distinguere se al tempo della nuova adozione il primo adottante fosse premorto o superstite. Se fosse premorto cesserebbe, è vero, quel pericolo di conflitti e rivalità tra l'uno e l'altro adottante, che abbiamo veduto essere uno dei motivi giustificanti la disposizione della legge; ma alcuni altri motivi, che dimostrammo concorrere con quello, non ne sarebbero perciò indeboliti e basterebbero sempre a giustificare completamente il perdurare della proibizione (1).

In fine non devesi neppure distinguere se coll'adozione fatta da più persone si vogliano attribuire ad uno stesso individuo *due padri* o *due madri*, od *un padre ed una madre che non siano coniugi;* già vedemmo come a questi diversi casi corrispondano anche motivi differenti, ma tutti ugualmente giustificanti la disposizione vietante che alcuno possa *essere adottato da più persone.*

32. La facoltà poi lasciata dal medesimo art. 204 *a due coniugi* di poter *adottare la stessa persona,* è pur essa altrettanto assoluta, come apparisce dai termini generali della disposizione. Ne segue pertanto che non solo è permesso a due coniugi di adottare un figlio nel medesimo atto, ma anche successivamente, per atti separati. Le ragioni, che vedemmo aver determinato la concessione di quella facoltà, non variano pel solo fatto che uno dei coniugi siasi determinato ad adottare un figlio solamente dopo ch'esso sia già stato adottato dall'altro; non variano,

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 41.

neppure se la prima adozione fosse anche stata anteriore alla celebrazione stessa del matrimonio. Ma, ben s'intende, se un uomo ed una donna avessero adottato taluno prima di divenire coniugi, quell'adozione, nulla nella sua origine, non potrebbe essere convalidata pel matrimonio posteriormente contratto tra i due adottanti.

33. III. Il secondo paragrafo dell'art. 208, della disposizione del quale dovemmo in parte occuparci altra volta, parifica completamente l'adottato all'adottante, per quel che ha riguardo alle persone di cui essi debbano riportare il consenso per l'atto di adozione. Vi è detto: “ Se l'adot- “ tato o l'adottante hanno padre, madre, o coniuge vivente, “ sarà pure necessario il loro consenso „. Anche questa deve porsi tra le importanti innovazioni fatte dal codice Italiano alle legislazioni che lo precedettero. Il codice Francese, mentre per l'adottante richiedeva, come sopra ricordammo, il consenso del coniuge e non quello dei genitori di lui, non esigeva poi che il coniugato, il quale si desse in adozione, riportasse il consenso dell'altro coniuge, ma stabiliva che se l'adottando — il quale, secondo quel codice, doveva essere *maggiore di età* — “ avesse ancora il padre “ e la madre, od uno di essi, e non avesse compiuti gli “ *anni venticinque*, dovesse per l'adozione *ottenere il con-* “ *senso* o d'entrambi o del superstite; e se fosse maggiore “ degli anni venticinque dovesse *richiedere il loro con-* “ *siglio* „ (art. 346). — La stessa massima era pure accolta nel codice pel regno delle Due Sicilie (art. 270); senonchè essendovi stabilito — contrariamente ad un principio proclamato nel codice Francese — che *l'adozione potesse aver luogo anche prima dell'età maggiore dell'adottato*, si aggiunse che: “ In difetto dei genitori si avesse a richiedere l'ap- “ provazione del consiglio di famiglia, ove colui che si “ volesse adottare non avesse compiuti gli anni ventuno „. — Degli altri codici, che ebbero vigore in Italia prima dell'attuale, alcuni soltanto disponevano che l'adottando

maggiore di età dovesse riportare il consenso de' proprii genitori; ma taluno lo voleva soltanto dal *padre legittimo*, che l'adottando avesse ancora vivente (cod. Austr., § 181), tal altro lo richiedeva *dal padre*, e mancando questi *dall'avo paterno*, e in difetto di entrambi *dalla madre* (cod. Alb., art. 194). Tutti poi provvedevano, ma con mezzi in parte diversi, all'autorizzazione di chi volesse darsi in adozione essendo ancora *in età minorile* (cod. Austr., § 181; cod. Parm., art. 145; cod. Alb., art. 194, 195; cod. Est., art. 181). Nessuna di tali legislazioni però ammetteva la massima generale, che colui il quale fosse vincolato a matrimonio abbisognasse del consenso del coniuge per essere adottato; e quelli ancora che avevano accolto il sistema dell'autorizzazione maritale, non dichiaravano specialmente che la moglie, *per essere adottata*, dovesse ottenere l'assenso del marito. — È dunque vero, come dicemmo, che l'essersi proclamata nel nostro codice la necessità del consenso del padre, della madre e del coniuge, tanto per l'adottando, sebbene maggiorenne, quanto per l'adottante, costituisce una notevole innovazione di fronte alle legislazioni anteriori. È poi dessa veramente giustificata da quelle stesse ragioni, che sopra adducemmo relativamente all'adottante? (1). Ci sembra di poterlo affermare. È vero che qualcuno di quei motivi non corrisponderebbe esattamente, per quel che si riferisce ai genitori ed al coniuge dell'adottando. Nei loro diritti alla successione di quest'ultimo non può ad essi derivare nessun pregiudizio dall'adozione, poichè non sono conceduti all'adottante diritti d'alcuna sorta sull'eredità dell'adottato (vedi art. 210, 212 cod. civ.). Ma dal lato dell'interesse meramente pecuniario, è chiaro che i genitori e il coniuge possono soffrire detrimento, pel diritto che l'adottante può eventualmente acquistare verso l'adottato circa gli alimenti che questo sia obbligato a prestargli (art. 211, § 2°, cod. civ.). Oltre di che, come

(1) V. sopra, n. 22, pag. 57, e seguenti.

abbiamo osservato, più che nei rapporti d'interesse solamente pecuniario, è in quelli d'ordine morale che trova fondamento la necessità del consenso dei genitori e del coniuge dell'adottante; e in tali rapporti i motivi sono, non che uguali, piuttosto maggiori rispetto ai genitori ed al coniuge dell'adottando. I genitori possono ritenere offensivo che il figlio voglia procurarsi da altri una paternità o maternità fittizia, che rivaleggi colla paternità e maternità legittima ad essi appartenente; il coniuge, il marito specialmente, può con fondatezza dubitare che quella specie di dipendenza, in cui va a porsi il suo consorte, essendo da altri adottato, serva a nascondere fini disonesti e contrari all'onor suo; e tutto ciò renderebbe forse più pericoloso per la pace domestica il permettere che taluno potesse farsi adottare prescindendo dall'assenso dei proprii genitori e del coniuge, che non il lasciargli facoltà di adottare altri senza tale consentimento.

34. Notammo nel numero precedente, e risulta manifestissimo dal testo stesso dell'articolo 208, § 2°, come la nostra legge abbia voluto stabilire una uguaglianza completa di trattamento per l'adottante e per l'adottando, rispetto alle persone di cui essi debbano riportare il consenso per l'adozione. Da ciò pertanto deve seguire naturalmente che quelle stesse massime, che dimostrammo regolare il consenso che la legge richiede dal padre, dalla madre e dal coniuge dell'adottante (1), siano pure applicabili pel consenso del padre, della madre e del coniuge dell'adottando. Nè intorno a ciò potrebb'esservi motivo di dubitare, quanto a richiedersi il consenso del *coniuge*, sebbene egli sia *legalmente separato* dall'adottando; quanto al doversi pareggiare al caso di premorienza del padre o della madre o del coniuge dell'adottando medesimo, quello della impossibilità, in cui essi per qualunque causa si trovino,

---

(1) V. sopra, n. 23-25, pag. 59-63.

di esprimere la propria volontà; quanto al non esservi luogo a ricorrere alla autorità giudiziaria contro il rifiuto di consenso da parte di alcuna di quelle persone. Rispetto a tutto ciò le ragioni di decidere sono perfettamente identiche, o si tratti dell'adottante o dell'adottando; e le risoluzioni non possono quindi essere diverse.

35. Nella dottrina Francese eransi sollevati dubbi intorno all'altro principio, che cioè di ambidue i genitori dell'adottando fosse assolutamente ed ugualmente necessario il *consenso*. Qualche autore, argomentando dalla somiglianza colle disposizioni date dal codice Francese circa il consenso che i figli dovevano ottenere dai genitori per contrarre matrimonio, riputava che anche in caso di discordia tra il padre e la madre della persona, che volesse darsi in adozione, *bastasse il consenso del padre* (1). L'opinione generale stava però per l'*assoluta necessità del consenso di ambidue i genitori* (2). E questa opinione deve a maggiore ragione seguirsi nella nostra legislazione; poichè richiedendosi indistintamente il consenso del padre e della madre dell'adottato, in qualunque età quest'ultimo sia, manca affatto ogni analogia, non solo nell'indole del subietto, ma nella materialità stessa delle disposizioni, con ciò che è stabilito circa il consenso dei genitori al matrimonio del figlio, che non ha compiuto gli anni venticinque, e della figlia che non ha compiuto gli anni ventuno (art. 63 cod. civ.). D'altronde le stesse ragioni, le quali valgono a far ritenere che il dissenso anche della madre sola sia sufficiente ad impedire l'adozione, non ostante il consenso del padre dell'adottante (3), sono applicabili senz'alcuna differenza anche al caso di disparere tra il padre e la madre *dell'adottando*.

---

(1) V. Marcadé, art. 346, § VI, t. II, n. 102.

(2) V. Proudhon et Valette, t. II, ch. III, sect. II, § I, pag. 196; Duranton, t. III, n. 289; Demolombe, t. VI, n. 33; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 9; Laurent, t. IV, n. 204, pag. 286.

(3) V. sopra, n. 25, pag. 61-62.

36. Vedemmo pure, che in caso di *morte di ambidue i genitori dell'adottante*, questi non abbisognerebbe del consenso degli *avi od avole* che avesse superstiti (1). E non v'ha dubbio doversi ritenere, per identità di ragioni, la stessa massima anche pel caso di premorienza del padre e della madre quando sopravvivessero *avi od avole dell'adottato, che sia maggiore di età.*

37. Una difficoltà più grave può incontrarsi rispetto ai *genitori naturali dell'adottando*. Vedremo appresso, che, quando questi sia minore di età, ha bisogno del loro consenso per essere adottato. Ma se, come sembra, la disposizione testuale dell'articolo 209 induce la necessità di ammettere una tal massima, non ne segue poi che, anche nel caso che l'adottando sia maggiorenne, debba riportare il consenso dei genitori, dei quali sia stato riconosciuto o dichiarato figlio naturale. Chè anzi crediamo risultare il contrario da quelle considerazioni stesse, dalle quali ci parve dimostrato che *l'adottante* non debba ottenere il consenso dei proprii genitori naturali (2). E se mai una differenza si riscontri tra i due casi, essa non presenta che una ragione *a fortiori* in favore della libertà dell'adottando. La differenza infatti consisterebbe in questo: che mentre il figlio naturale, adottando altri, pregiudica ai diritti successorii dei proprii genitori naturali, nessun danno potrebbe derivare ad essi se il figlio sia da altri adottato; perciocchè l'adottante non acquista diritti di successione nell'eredità dell'adottato. Ora, evidentemente, non è questa che una ragione di più per ritenere non soggetto al consenso dei genitori il figlio naturale che voglia farsi adottare. D'altra parte, il genitor naturale, che non dà al figlio uno stato legittimo, con qual diritto potrebbe impedirgli di acquistarne almeno una sem-

(1) V. sopra, n. 24, pag. 60-61.
(2) V. sopra, n. 23, pag. 59-60.

bianza col mezzo dell'adozione, che altri fosse disposto a farne? Con qual diritto gli vieterebbe di sollevarsi dalla umiliazione d'uno stato illegittimo? Una tal massima ci par dunque doversi accettare pel caso che l'adottando sia *maggiore di età;* salvo il doverne seguire una contraria pel caso in cui l'adottando sia minorenne, come dimostreremo risultare dalla espressa disposizione dell'art. 209.

38. Trattammo sempre nei numeri precedenti del consenso, che bisogna ottenere dal padre e dalla madre dell'*adottando, che sia maggiore di età.* Ma accennammo insieme che la necessità dello stesso consenso vi è pure quando l'adottando sia minorenne. Ciò infatti risulta manifestamente dal testo stesso dell'art. 208, che dichiara *necessario il consenso del padre e della madre dell'adottato,* senza distinguere se questi sia maggiore o minore di età; ed è confermato poi dall'articolo 209, nel quale si stabilisce che, " *se l'adottato è minore e non ha genitori viventi,* " sarà necessaria, secondo i casi, l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela ". Volgendo poi il pensiero ai motivi della legge, è chiaro ch'essi non potrebbero mai considerarsi come più lievi, quanto a richiedere il consenso dei genitori legittimi dell'adottando, per la circostanza ch'egli fosse minore d'età; poichè se, come tale, è soggetto alla loro podestà, è questa anzi una ragione di più per esigere il loro assentimento; e se per eccezione non si trovi sottoposto alla patria podestà civile, non cessano perciò nè diminuiscono d'importanza tutte quelle considerazioni, risguardanti l'interesse medesimo dei genitori e la pace e l'ordine della famiglia, che vedemmo aver determinato la richiesta dell'assenso del padre e della madre anche per l'adottando maggiore di età. Piuttosto, se mai un dubbio avesse potuto sorgere, sarebbe stato intorno al doversi ritenere sufficiente anche per l'adottando *minore* il solo consenso dei genitori, o al doversi richiedere il concorso d'altre formalità abilitanti, come avviene in

generale per gli *atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione*, che il genitore faccia nell'esercizio della *patria podestà civile* (art. 224 cod. civ.). Ma non era in alcun modo possibile assomigliare agli atti di gestione patrimoniale quello di assenso all'adozione; in cui i genitori esercitano, più che una protezione pel figlio, un atto di autorità nell'interesse loro proprio e della famiglia. Così in questo particolare caso il consenso dei genitori, necessario per l'adozione del minore, basta per farvi luogo, senza bisogno d'altra formalità abilitante.

39. Nelle osservazioni fatte nel numero precedente si contiene l'accenno d'un principio importante, che ci sembra doversi ammettere secondo la nostra legge; che cioè l'essere richiesto il consenso dei genitori legittimi dell'adottando minore di età, non debba riguardarsi come una dipendenza, una prerogativa della patria podestà civile. Se infatti fosse tale, dovrebbe immancabilmente cessare col finire della patria podestà medesima; mentre all'opposto, finchè duri la vita dei genitori, è indispensabile il loro consenso, senza punto distinguere se il figlio che vorrebbe essere adottato sia minore o maggiore di età. Inoltre, se la facoltà di accordare o negare il consenso all'adozione del figlio fosse esclusivamente una prerogativa della patria podestà civile, dovrebbe spettare solamente *a chi esercitasse questa podestà*. Ora, mentre l'esercizio di essa appartiene sempre ad un solo dei genitori, e preferibilmente al padre (art. 220 cod. civ.), il consenso per l'adozione del figlio si vuole invece che sia prestato *dal padre e dalla madre* insieme. In fine, anche durante la vita del genitore e la minorità del figlio, può cessare la patria podestà civile, sia *per condanna penale* del genitore (art. 3 dispos. transit.), sia *per emancipazione* del figlio. Ora, la legge ha sostituito altri provvedimenti al consenso del padre e della madre per l'adozione del minore, soltanto pel caso della *premorienza dei genitori* (articolo 209 codice civile); dimo-

strando così che *fino a quando essi siano in vita, debba in qualunque caso*, anche di cessazione della patria podestà civile per altra causa, dipendere esclusivamente dal loro consenso l'autorizzazione pel minore a darsi in adozione. Tutto ciò prova dunque come sia unicamente *la qualità di genitori legittimi*, indipendentemente dalla patria podestà civile, che dà loro il diritto di concedere o ricusare il consenso all'adozione, e ricusandolo impedirla. D'altra parte questo, che risulta dal testo della legge, è anche perfettamente ragionevole. I motivi, pei quali è richiesto il consenso del padre e della madre, non consistono qui veramente nella protezione che la legge abbia voluto assicurare al minore, per preservarlo dal pericolo di darsi sconsigliatamente in una adozione che non gli convenga. Questo pericolo è già prevenuto da un altro provvedimento, che la legge ebbe cura di stabilire, affidando alla Corte d'appello di verificare *se l'adozione convenga all'adottato* (art. 215, n. 3°, cod. civ.); nella quale verificazione la Corte dovrà procedere naturalmente con tanto maggior rigore e circospezione, allorchè l'adottando sia minore di età. Ma i predetti motivi risguardano, come già dimostrammo, l'interesse pecuniario e morale dei genitori stessi, la quiete e l'ordine della famiglia; e sovr'essi pertanto non influisce punto l'essere o non essere soggetto l'adottando alla patria podestà civile del genitore.

Da questo principio deriverebbero poi importanti conseguenze, che accenneremo nei numeri successivi.

40. La massima dimostrata pel caso di adozione di un maggiorenne, che basti cioè ad impedirla anche il dissenso della madre, non ostante che il padre acconsenta (1), potrebbe sembrar contestabile allorchè l'adottando fosse *minore* e soggetto quindi a patria podestà; giacchè l'esercizio di questa è dato al padre, e solo quando egli non possa

---

(1) V. sopra, n. 35, pag. 76-77.

esercitarla, *alla madre* (art. 220 cod. civ.). — Ma l'obbiezione non regge davanti al principio che abbiamo sopra stabilito; poichè, se il consenso, che la legge domanda ai genitori, non è esclusivamente una prerogativa della patria podestà civile, ma un semplice attributo della paternità e maternità legittima, poco importa che piuttosto nell'uno o nell'altro dei genitori risieda l'esercizio della patria podestà; dovrà nondimeno esigersi per l'adozione del figlio il concorso della volontà d'ambo i genitori stessi, e il dissenso anche d'un solo di loro, sia pur di quello a cui non spetti l'esercizio della patria podestà civile, basterà ad impedire assolutamente che l'adozione possa aver luogo.

41. Nel caso di emancipazione — sia poi essa avvenuta *di diritto* (art. 310 cod. civ.) o *per atto formale* (articoli 311, 312 cod. civ.) — il minore emancipato, *per tutti gli atti eccedenti la semplice amministrazione*, ha bisogno, generalmente, del *consenso del curatore* e dell'*autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela* (art. 319 cod. civ.); ed ha poi per curatore *il genitore emancipante*, e quando l'emancipazione siasi verificata *di diritto, il padre, e in mancanza la madre* (art. 314, 315 cod. civ.). — Ma tutto ciò non potrebb'essere applicabile circa l'adozione del minore emancipato; dappoichè nulla avendo che fare col consenso, che l'adottando deve riportare dai proprii genitori, la patria podestà civile esercitata da essi, non può neppure avervi alcuna influenza l'emancipazione, che è solo una causa di cessazione di quella patria podestà. Non è dunque il genitore avente per legge la *cura* del figlio minore emancipato, che sia chiamato a consentire all'adozione; ma sono ambidue i genitori indistintamente, non altrimenti che se l'adottando fosse ancora sottoposto alla patria podestà, non altrimenti che se egli avesse già raggiunta la maggiore età (1).

(1) Confr. Borsari, *Comm.*, art. 209, § 496, pag. 777.

42. In conseguenza ancora degli stessi principii, non esiteremmo a ritenere che i provvedimenti ammessi dall'articolo 233, pel caso che *il genitore abusi della patria podestà*, non derogherebbero alla massima, per la quale richiederebbesi il consenso del genitore stesso per l'adozione del figlio minore. Gli attributi della patria podestà sono modificati, sono diminuiti a danno del padre, in pena della mala condotta di lui, e per impedire che, continuando nell'esercizio dell'abusata sua autorità sulla persona e sui beni del figlio, ne aumenti i danni. Ma che importa ciò, se non è per la patria podestà civile, ma per la sola qualità di genitore legittimo, che è conceduto il diritto di accordare o negare al figlio la facoltà di essere adottato da altri, se non è esclusivamente per un fine di protezione del figlio stesso, ma anzi principalmente per l'interesse proprio del genitore, che gli si attribuisce questa facoltà? (1).

43. Qualora l'adottando fosse *minore di ventun anni e soggetto alla tutela legittima dell' avo paterno, o in sua mancanza, dell'avo materno* (art. 244 cod. civ.), potrebbe sorgere il dubbio che dovesse richiedersi il consenso di costoro, sebbene non sia certamente necessario allorchè l'adottando sia maggiore di età (2). Questo dubbio però deve cessare davanti alla disposizione del citato articolo 209; il quale, contemplando il caso che *l'adottato sia minore e non abbia genitori viventi*, non richiede il consenso del tutore — sia pure l'avo paterno o materno — ma la *approvazione del consiglio di famiglia*. È dunque confermato che in nessun caso può essere necessario per l'adottando, quantunque *minore di età, il consenso individuale* degli avi di lui.

44. Quando esponemmo i motivi, pei quali ci sembra doversi ritenere che l'adottando *maggiore di età*, il quale

---

(1) V. Borsari, l. c.
(2) V. sopra, n. 36, pag. 77.

abbia viventi i proprii *genitori naturali*, non abbisogni del consenso di questi per poter essere adottato, accennammo che però una massima opposta debba seguirsi in caso che l'adottando sia *minorenne* (1). Ciò infatti risulta dalla disposizione dell'art. 209, che, contemplando il caso che l'adottato minore *non abbia genitori viventi*, richiede l'*approvazione del consiglio di famiglia o di tutela*. Trattandosi ora di *filiazione naturale*, è manifesto non poter essere che al *consiglio di tutela* che la legge si riferisca. Ma esso non è chiamato ad approvare l'adozione del figlio naturale minore di età, se non quando questi *non abbia genitori viventi;* e veramente qualora i genitori vivano ed esercitino la tutela legale ad essi deferita dall'art. 184, *non vi è neppure* un *consiglio di tutela* (art. 261, § 1°, cod. civ.). È dunque indubitabile che in questo caso, per l'adozione del figlio naturale minorenne è necessario il consenso dei genitori, che lo hanno riconosciuto, o di cui fu dichiarata giudizialmente la paternità o maternità. Diciamo *il consenso dei genitori*, perchè di ambidue parla la legge, e non di quello solo di essi che abbia la tutela legale a termini del predetto articolo 184; il che d'altronde è conforme al sistema stabilito dal legislatore anche rispetto ai *genitori legittimi*. Resta ora a vedersi come questa massima, risultante incontestabilmente dallo art. 209, sia conciliabile con quella che ci parve da ammettersi pel caso in cui il figlio naturale, che volesse darsi in adozione, fosse maggiore di età; nel qual caso riputammo all'opposto *non essere necessario il consenso dei genitori naturali*. Una tale conciliazione però non pare tanto difficile da indurre a recedere da quest'ultima massima. Quando il figlio naturale è minore, e il genitore di lui ne esercita la tutela legale, e non è per conseguenza costituito un consiglio di tutela, la legge, la quale ha voluto che per l'adozione di quel figlio intervenga l'approvazione di coloro alla cui autorità egli trovasi sottoposto,

---

(1) V. sopra, n. 37, pag. 77.

non può far altro che richiedere il consenso dei genitori. Ma quando il figlio fosse maggiore, e quindi non più soggetto all'autorità altrui, non potrebb'esservi alcuna ragione di richiedere tuttavia il consenso dei genitori naturali, fuorchè *per interesse personale dei genitori stessi;* il che non sarebbe sufficiente a giustificare il divieto ch'essi potessero opporre al figlio, che lasciano per parte loro in uno stato d'illegittimità, d'ottenere da altri una condizione sociale più onorevole e vantaggiosa. E per tal modo è anche minore l'inconveniente derivante dall'essere il figlio soggetto al consenso dei genitori naturali per poter essere adottato durante la minore età; poichè ciò non forma che un impedimento temporaneo.

Può darsi però, che non ostante la minorità dell'adottando e l'esistenza dei genitori di lui, questi non ne abbiano la tutela legale, perchè ne siano stati privati per le cause previste nell'art. 233 (art. 184, § 3°, cod. civ.). Se per ambidue i genitori naturali vi fosse riconoscimento o dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, ed un solo di essi fosse incorso nella privazione della tutela legale, non essendo in tal caso ancora costituito un *consiglio di tutela*, sarebbe tuttavia necessario il consenso d'entrambi i genitori naturali, anche di quello che fosse rimasto escluso dalla tutela; allo stesso modo che rimane indispensabile il consenso d'ambo i genitori legittimi, sebbene uno di essi sia stato, *per abuso*, privato degli attributi della patria potestà (1). Ma se un solo dei genitori fosse legalmente riconosciuto, ed egli fosse stato rimosso dalla tutela legale, o se ambidue fossero incorsi in questa privazione, essendo allora costituito un *consiglio di tutela*, sembra che ad esso spetterebbe, a termini dell'art. 209 cod. civ., d'*approvare l'adozione* del minore. Potrebbesi opporre, è vero, che secondo il testo non si fa luogo a dover richiedere l'approvazione del *consiglio di tutela* se non *pel caso che non siano*

(1) V. sopra, n. 42, pag. 82.

viventi i genitori dell'adottando; nè può negarsi che le parole dell'art. 209 darebbero molta forza a questa obbiezione. Ma fa d'uopo riflettere, d'altro lato, come la legge abbia previsto solo ciò che avviene ordinariamente, che cioè solo *per la morte dei genitori* legalmente riconosciuti si costituisca pei figli naturali il *consiglio di tutela*. Se però avvenga altrimenti, pel caso eccezionale di *abuso della tutela legale* spettante al genitore, è perfettamente conforme allo spirito della legge, che essendovi un consiglio di tutela legalmente costituito, ad esso appartenga l'approvare l'adozione, piuttostochè al genitore od ai genitori naturali; i quali per le cause stesse, che li fecero privare della tutela, hanno demeritata la fiducia della legge, sicchè non sarebbe prudente il lasciare ancora in loro arbitrio d'impedire, negando l'assenso, un'adozione che potrebb'essere invece conveniente all'interesse del figlio.

45. IV. Abbiamo trattato finora del *consenso*, che per l'adozione del minore sono chiamati dalla legge a prestare i *genitori* di lui. Dobbiamo ora parlare dell'*approvazione*, che talora dev'esser data a quell'adozione dal *consiglio di famiglia o di tutela*, giusta la disposizione sopra riferita dell'art. 209.

Il *consiglio di famiglia*, un istituto che fa parte dell'ordinamento tutelare, si costituisce per coloro la cui filiazione sia *legittima*, e pei quali siasi verificata, a termini di legge, l'apertura della tutela (art. 249, 329 cod. civ.). Il *consiglio di tutela* si costituisce nell'interesse delle *persone nate fuori di matrimonio*, per le quali non sia esercitata la tutela legale dai loro genitori (art. 261, 329 codice civile).

Sono facilmente comprensibili i motivi, pei quali l'adozione del minore, a cui manchino i genitori, si volle *approvata dal consiglio di famiglia o di tutela*. L'adozione non deve porsi tra gli atti ordinari, nei quali il tutelato è *rappresentato dal tutore*, mentre il consiglio di famiglia o di

tutela non interviene che per *autorizzarne* i più importanti. L'adozione è un atto naturalmente e strettamente *personale*, rispetto al quale perciò la *rappresentanza del tutore* non poteva essere applicata e pel quale non potendosi richiedere altro che un'approvazione dell'autorità da cui il minore dipendesse, era naturale che quell'approvazione si chiedesse appunto a quel corpo deliberante, che è preposto ad apprezzare e sanzionare gli atti, i quali possono avere pel tutelato più importanti conseguenze. Senonchè, a differenza ancora degli altri atti comuni, in questo speciale caso di autorizzazione l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela non ha per fine esclusivo, e forse neppure principale, di *proteggere il minore*, preservandolo da un atto che potrebbe essere mal consigliato. Come altre volte osservammo, la legge potea aver bastante fiducia per questa parte nella cautela che avea presa, di affidare alla Corte d'appello l'*omologazione* dell'atto di adozione, incaricando la Corte stessa di verificare, tra l'altre cose, *se l'adozione convenga all'adottato*. Ma v'era un altro motivo abbastanza grave: quello cioè d'impedire che il minore fosse ammesso a fare un atto di tanta importanza senza adempiere prima un dovere di deferenza verso l'autorità, a cui fosse affidata la direzione superiore de' suoi interessi. E forse a questo concetto risponde appunto la parola — *approvazione* — usata qui dalla legge, invece della parola — *consenso* — che ha impiegata per indicare la manifestazione della volontà dei genitori, e dell'altra — *autorizzazione* — che è adoperata per esprimere il pronunciarsi del consiglio di famiglia intorno a certi atti del tutore (art. 296 codice civile). I genitori dell'adottando sono in certo modo considerati essi stessi come *parti interessate* nell'atto; perciò debbono *consentire*. Il consiglio di famiglia, nei casi ordinari, interviene per *dare facoltà al tutore di procedere a certi atti* di più grave importanza, determinati dalla legge, ed allora *autorizza*. Ma qui è chiamato a fare atto di autorità, pronunciando intorno alla

convenienza della adozione il proprio avviso, che non può non essere seguito; si dice pertanto *essere necessaria l'approvazione* del consiglio stesso.

Quest'*approvazione* però è necessaria *solo nel caso che l'adottando minore non abbia genitori viventi*. Tale è l'espressione testuale dell'articolo 209. E di quella condizione avemmo già a rilevare l'importanza, quando dimostrammo che finchè vivano i genitori legittimi, sebbene spetti sempre ad un solo di essi l'esercizio della patria potestà civile, e quando anche fossero *per abuso* stati privati degli attributi della patria podestà stessa, di ambidue è sempre richiesto il consenso. Tuttavia sarebbe erroneo il ritenere che nessun altro fatto, assolutamente, tranne quello della *morte d'ambo i genitori*, potesse far luogo a deferire al consiglio di famiglia o di tutela l'approvazione dell'atto di adozione; almeno se ammettasi, ciò che a noi sembra aver dimostrato nel numero precedente, che cioè quando l'adottato sia figlio naturale, e i genitori di lui siano stati privati, per abuso, della tutela legale, spetti al consiglio di tutela il dare quell'approvazione. Ed erroneo sarebbe d'altra parte indubbiamente il dire che *ogni volta che fosse costituito legalmente il consiglio di famiglia o di tutela*, ad esso appartenesse, e non ai genitori che pur fossero viventi, l'approvare l'adozione; poichè si costituisce pure un consiglio *di famiglia o di tutela* pel minore emancipato, e nondimeno vedemmo che s'egli voglia darsi in adozione deve ottenere il consenso d'ambidue i proprii genitori.

Può domandarsi se al caso della morte dei genitori debba o no essere parificato, per l'applicazione dell'articolo 209, *quello della impossibilità*, nella quale i genitori stessi si trovino, di esprimere la propria volontà. Abbiamo autorità cospicue in sostegno dell'opinione affermativa (1). Abbiamo ammesso noi pure, che provata la impossibilità

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 209, § 496, pag. 777, n. 1; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 575, 2°.

di manifestare il proprio volere, relativamente ad alcuna delle persone chiamate a consentire all'adozione, si renda sufficiente il consenso delle altre (1). Ma allora trattavasi di più persone chiamate contemporaneamente e nella stessa qualità a dare il consenso; qui invece tratterebbesi del passaggio della facoltà di consentire, dai genitori al consiglio di famiglia o di tutela; e perchè questo passaggio possa verificarsi, bisogna, evidentemente, che sia legalmente costituito il consiglio, che dovrebbe assumere l'ufficio di prestare il consenso. Ora ci sembra altrettanto manifesto che non in tutti i casi, d'impossibilità pei genitori di esprimere la loro volontà, potrà trovarsi legalmente costituito il consiglio di famiglia o di tutela. Il Borsari, nel luogo sopra citato, suppone i casi di *difetto di ragione, di assenza*, ecc. Or bene, il consiglio di famiglia, o quello di tutela se si tratta di persone nate fuori di matrimonio, non si costituisce se non *verificandosi l'apertura della tutela* (art. 249 cod. civ.); e *la tutela si apre* soltanto *se ambidue i genitori sono morti, dichiarati assenti, o sono incorsi, per effetto di condanna penale, nella perdita della patria potestà* (art. 241). Se contro i genitori fu pronunziata l'interdizione, non si apre veramente pe' figli uno stato di tutela loro proprio; ma all'esercizio della patria potestà, divenuto impossibile, si sostituisce l'esercizio di quella stessa tutela a cui è soggetto il genitore, al quale la patria potestà apparterrebbe. In questi casi pertanto abbiamo un consiglio di famiglia legalmente costituito e funzionante; e l'art. 209 può e deve ricevere la sua applicazione, ponendo l'*approvazione del consiglio* in luogo del consenso dei genitori, che non sarebbe possibile ottenere. Ma supponiamo che del genitore non sia dichiarata ma semplicemente *presunta l'assenza;* oppure che egli si trovi *affetto da un vizio di mente*, ma non essendo questo *abituale*, non si possa pronunciare l'interdizione. Allora non è aperta la tutela;

---

(1) V. sopra, n. 25, pag. 61-62; n. 34: pag. 75.

non si è costituito quindi un *consiglio di famiglia;* in qual modo dunque potrà per un tal caso applicarsi l'art. 209? Si dirà forse che debba un consiglio di famiglia costituirsi specialmente, appunto al fine di approvare l'adozione del figlio? Ma evidentemente l'art. 209 ha inteso di riferirsi all'*approvazione del consiglio di famiglia o di tutela legalmente costituito per l'esercizio ordinario della tutela* stessa. E in verità non sarebbe stato forse molto opportuno il costituire appositamente un consiglio di famiglia, per sostituire il voto di esso alla manifestazione del sentimento personale del genitore, circa la progettata adozione del figlio; manifestazione che se al momento richiesto è impossibile, potrà forse ottenersi tra breve, ricomparendo il presunto assente o cessando l'infermità mentale del genitore. Ma — si dirà — come fare, se la dichiarazione della volontà del genitore non può attualmente ottenersi, e se non si ammette la possibilità di ricorrere ad altro mezzo suppletivo? L'unica soluzione possibile è quella di considerare come sospesa ed impedita l'adozione; ciò che non sarà poi sì gran male, nè potrà produrre gravi conseguenze considerato che l'impedimento sarà solo temporaneo e di non lunga durata.

Sezione III.

Delle condizioni di capacità relativa per potere adottare ed essere adottato.

Sommario. — 46. Quali condizioni di capacità relativa si richiedano nell'adottante e nell'adottato. — 47. (I) Della differenza di età, che deve esservi tra l'adottante e l'adottato. — 48 (II) Motivi della proibizione fatta ai genitori di adottare i loro figli nati fuori di matrimonio. — 49. Se questa proibizione comprenda tanto i figli semplicemente naturali, quanto gli adulterini od incestuosi. — 50. Se vi sia luogo a fare indagine sulla paternità o maternità illegittima dell'adottante, per dimostrare la nullità dell'adozione. — 51. Se i figli nati fuori di matrimonio possano essere adottati dagli ascendenti dei loro genitori. — 52. (III) Limitazione della capacità relativa per l'adozione, tra il tutore e il tutelato. — 53. Se sia necessaria la *cessazione assoluta*, o basti la *cessazione*

relativa della tutela, per lasciar luogo all'adozione da parte del tutore. — 54. Se basti che il tutore abbia presentato il conto, o debba anche averne riportata l'approvazione e pagato il reliquato. — 55. Se per l'adozione, che il tutore voglia fare del suo tutelato, ancora minorenne e non emancipato, si renda necessaria la nomina d'un nuovo tutore. — 56. (IV) Della condizione che l'*adozione convenga all'adottato*.

46. Le *condizioni di capacità relativa*, mancando le quali certe persone non possono assumere, l'una rispettivamente all'altra, le qualità di adottante e di adottato, sono le seguenti:

1° che l'adottante superi almeno di diciotto anni l'età di colui che intende di adottare (art. 202 cod. civ.);

2° che l'adottando non sia figlio nato fuori di matrimonio dell'adottante (art. 205 cod. civ.);

3° che se l'adottante abbia avuto la tutela dell'adottando, abbia reso il conto della sua amministrazione anteriormente all'atto di adozione (art. 207 cod. civ.);

4° che l'*adozione convenga all'adottato* (art. 215, n. 3 cod. civ.).

Potrebbe, a primo aspetto, sembrare che quest'ultima condizione dovesse classificarsi tra quelle *di capacità assoluta ad essere adottato;* in quanto che, chiunque sia l'adottante, deve sempre necessariamente verificarsi la convenienza dell'adozione per l'adottato. Se si rifletta per altro che la convenienza o la sconvenienza dell'adozione dipende sempre dalle condizioni rispettive delle parti; che quindi d'una stessa persona potrebbe ammettersi con tutta ragione come conveniente che adottasse un determinato individuo o fosse da esso adottata, mentre si sarebbe forse giudicato sconveniente che ne adottasse un altro o si desse a lui in adozione, apparirà giusto che si consideri anche questa come una delle *condizioni di capacità relativa*.

47. (I) Essendosi voluto coll'adozione imitare, sebbene imperfettamente, la natura; essendosi voluto creare con essa una immagine di paternità o maternità legittima, fu sempre sentita l'assurdità che vi sarebbe nell'ammet-

tere che l'adottato potesse essere di uguale o maggiore età che l'adottante. Tutte le legislazioni posero quindi come principio fondamentale che l'adottante dovesse superare in età l'adottato; ciò inoltre conferisce anche a quei rapporti di autorità e protezione da una parte, di deferenza e rispetto dall'altra, che dall'adozione debbono derivare. E affinchè la finzione della legge si trovasse nel maggior possibile accordo colla realtà, affinchè si potesse in qualche modo supporre che l'uno fosse genitore dell'altro, non si ritenne sufficiente una qualsiasi differenza di età; ma la si volle tale quale avrebbe dovuto essere se l'adottato fosse stato figlio legittimo dell'adottante. Essendo però diversa l'età in cui si può contrarre matrimonio, ed avere quindi figliuolanza legittima, dall'uomo e dalla donna; e d'altra parte essendo sembrato conveniente di stabilire generalmente l'uniformità nelle regole dell'adozione, sì per le persone dell'uno che dell'altro sesso, bisognava decidersi per assumere come norma l'età in cui può contrarre matrimonio piuttosto l'uomo o la donna. Qualche legislazione si appigliò al partito più favorevole per l'adozione, ritenendo bastante la differenza di 15 anni di età tra l'adottante e l'adottato, sebbene nell'uomo esigesse l'età di 18 anni compiuti per poter contrarre matrimonio. Così fece il codice Francese (art. 343). Lo seguì il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 266); il quale però non faceva veramente con questa disposizione che usare un maggior rigore per l'adozione, richiedendo una differenza di età che avrebbe potuto esser minore per la vera filiazione legittima, giacchè quel codice permetteva di contrarre matrimonio *all'uomo che avesse compito gli anni quattordici, alla donna che avesse compito gli anni dodici.* — Gli altri codici, che furono in vigore in Italia prima dell'attuale, si attennero tutti alla regola del diritto Giustinianeo, che stabiliva che l'*adottante dovesse avere* 18 *anni più della persona che prendesse in luogo di figlio* (cod. Austriaco, § 180; cod. Parm., art. 139; cod. Alb., art. 188; codice

Est., art. 174); e la stessa regola fu pure accolta nell'articolo 202 del nostro codice.

I diciotto anni di differenza nella età debbono essere *compiuti*, cominciando a contare *dal giorno della nascita* dell'adottante e terminando a quello della nascita dello adottato. È questa una conseguenza evidente del motivo sopra indicato della disposizione; poichè essendo stabilito che debba avere *compiti gli anni diciotto* l'uomo che voglia contrarre matrimonio (art. 55 cod. civ.), il legislatore non sarebbe coerente al suo scopo, di porre in armonia la finzione colla realtà, se permettesse a taluno di adottare una persona che non gli fosse inferiore in età per diciotto anni intieri.

48. (II) " I figli nati fuori di matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori „. Con questa disposizione dell'art. 205 del nostro codice venne risolta una questione tra le più gravi e controverse del diritto civile Francese.

Nell'antico diritto romano era permesso — sebbene anche di ciò abbiano dubitato alcuni — che i figli naturali potessero essere adottati dai loro genitori (L. 46, ff. *de adopt. et emancip.*). Ma questa era una logica conseguenza del sistema tutto speciale che quel diritto aveva stabilito circa l'ordinamento della *famiglia;* della quale non facendo legalmente parte i figli semplicemente *naturali*, quantunque essi fossero nati da *concubinato*, che era considerato quasi una unione lecita, una specie di *matrimonio naturale*, era quindi coerente l'ammettere ch'essi *potessero esser fatti entrare nella famiglia col mezzo dell'adozione*. Era nello stesso modo che anche i proprii figli *emancipati* potevansi adottare; perchè l'emancipazione li aveva fatti uscire dalla famiglia civile, e l'adozione ve li faceva rientrare. Quando però in luogo di questa famiglia esclusivamente civile, si venne in progresso di tempo sostituendo la famiglia naturale, si reputò di ridurre entro i giusti limiti l'adozione,

proibendola rispetto ai figli naturali dell'adottante. Così infatti stabilì l'imperator Giustiniano, confermando ciò ch'era stato ordinato dal suo predecessore (Nov. 74 cap. III, 89 cap. VII). — Anche anteriormente al codice attuale, alcune delle legislazioni Italiane avevano stabilita la massima, che veggiamo ora riprodotta nel nostro art. 205 (V. cod. Parm., art. 142; cod. Alb., art. 191; cod. Est., art. 178). — Il codice Francese avendo serbato in proposito un assoluto silenzio, lasciava luogo alla controversia già sopra accennata; controversia tanto grave, che, oltre ad aver provocate decisioni contradittorie di molte Corti d'appello, aveva indotto la stessa Corte di cassazione a cangiare due volte giurisprudenza, ritornando da ultimo alla massima che aveva precedentemente abbandonata e secondo la quale ritenevasi valida l'adozione de' figli naturali fatta dai genitori. *Grénier*, *Toullier* e *Merlin* mutarono essi pure opinione; i primi due avendo finito col ritenere permessa quell'adozione, che prima insegnavano essere vietata; e il Merlin al contrario avendo in ultimo confermata la massima, dapprima ammessa ed in seguito sconfessata, che ai genitori non potesse riputarsi lecita l'adozione de' loro figli naturali. Questa stessa massima seguirono pure altri illustri giureconsulti (1); ma molti si pronunciarono per l'opinione opposta (2). Non ripeteremo tutte le argomentazioni di questi ultimi; alcune delle quali o non avrebbero utilità per noi, o fondandosi sugli speciali ordinamenti del codice Francese non troverebbero riscontro nel nostro, che ha seguito invece un sistema assai diverso. Così uno dei principali argomenti che si portava a sostegno dell'opinione, che riteneva valida la adozione dei figli naturali dell'adottante, si basava

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 95, n. 1; Loiseau, *App. au traité dès enfants naturels*, pag. 10; Magnin, *Des minorités*, n. 262; Marcadé, art. 343, § IV, t. II, n. 98; Demolombe, t. VI, n. 50, 52.

(2) V. Proudhon et Valette, t. II, chap. III, sect. IV, pag. 217-220; Duranton, t. III, n. 293; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 555, n. 16; Duvergier sur Toullier, t. I, n. 1988, n. 6; Laurent, t. IV, n. 205-208.

sul principio fondamentale che *le incapacità, per poter essere applicate, devono risultare da un testo preciso e formale della legge*. Ma noi abbiamo appunto una disposizione testuale, che vieta nel proposto caso l'adozione. — Molto si fondava ancora sulle discussioni preliminari intorno al progetto del codice Francese, dalle quali però altri pretendevano di trarre argomenti per l'opinione contraria. Tutto questo è pure completamente estraneo per noi. — Un altro mezzo di dimostrazione derivavasi dal confronto con certe massime stabilite da quel codice circa la legittimazione; poichè non potendo questa operarsi in altro modo che col *susseguente matrimonio* contratto tra i genitori, ed essendo inoltre richiesto che il *riconoscimento* dei figli da legittimarsi fosse *anteriore od almeno contemporaneo* alla celebrazione del matrimonio stesso, si osservava che quando la legittimazione per susseguente matrimonio fosse divenuta impossibile, a cagione per esempio del predecesso della madre, o quando per inavvertenza non si fosse fatto prima o nell'atto della celebrazione del matrimonio il riconoscimento dei figli, sarebbe rimasta assolutamente e definitivamente preclusa ogni via per condurli allo stato legittimo, qualora non fosse stata permessa l'adozione di essi. Ma nulla di ciò può allegàrsi nella legislazione nostra, che allato della legittimazione per susseguente matrimonio pone quella per decreto reale, e che ammette nella legittimazione della prima specie la possibilità di fare il riconoscimento dei figli anche *posteriormente* al matrimonio. Avendo così provveduto in più modi perchè i genitori potessero sempre dare ai loro figli un vero stato legittimo, gli autori del nostro codice dovevano allora solamente decidere se convenisse aprire ai genitori medesimi un'altra via, per la quale essi potessero giungere coll'adozione a dare ai figli, non un vero e perfetto stato legittimo, ma una condizione che ad esso si accostasse, che fosse qualche cosa d'intermedio tra quella di legittimità e di filiazione naturale. Non si sarebbe in fatti neppur

potuto pensare che questi figli *acquistassero veramente i diritti della legittimità* coll'adozione; poichè questa non porta di sua natura un *cangiamento di stato*, e l'adottato conserva inalterati tutti i rapporti giuridici colla sua famiglia naturale (art. 212 cod. civ.). Forsechè i figli naturali adottati si dovrebbero considerare come *entrati a far parte della famiglia legittima dell'adottante*, per godervi ed esercitarvi in ambe le linee, retta e collaterale, tutti quei diritti, ed adempirvi tutte quelle obbligazioni che possono derivare soltanto dalla parentela legittima? No certamente; nessun nuovo rapporto giuridico colle famiglie dei genitori naturali sorgerebbe per loro dall'adozione; la quale, se fosse ammessa, limiterebbe i suoi effetti tra il genitore naturale adottante e il figlio adottato, e per questi soltanto produrrebbe una modificazione di rapporti giuridici, un miglioramento, in ordine ad essi, della condizione dei figli. È ciò appunto che bisognava osservare se si accordasse coi caratteri proprii dell'adozione, e colle considerazioni di moralità e d'ordine pubblico, che son poste a base dei principii fondamentali con cui si regolano lo stato di filiazione naturale e la legittimazione. Sotto questi aspetti dobbiamo noi ora studiare i motivi della regola scritta nel nostro articolo 205, per penetrare nello spirito di essa, e per essere quindi in grado di misurare esattamente l'estensione delle applicazioni possibili.

Domandiamoci da prima, se l'adozione dei proprii figli nati fuori di matrimonio sarebbe conciliabile coi caratteri proprii di quella istituzione. A noi pare ovvio che la risposta non potrebb'essere affermativa. Qual è lo scopo che si propose la legge nello istituire l'adozione? Lo abbiamo già veduto: procurare il conforto d'una filiazione fittizia a chi non ne ha e non ne spera una naturale, procurare un beneficio all'adottato. Ma se chi si propone di adottare ha figli concessigli dalla natura, che potrebbe, volendo, legittimare, qual bisogno ha egli di ricorrere alla finzione legale dell'adozione? Non li adotterà certo per consolarsi della

mancanza di prole, ma solamente per modificare lo stato di questa però senza sollevarla alla condizione d'una vera legittimità. Il genitore non vuole legarsi col matrimonio, che gli porgerebbe il mezzo più naturale e morale per dare al figliuol suo lo stato legittimo; e se questo modo di legittimazione non sia, per la specialità del caso, possibile, non vuol neppure valersi del mezzo sussidiario della legittimazione per decreto reale; vuol dare a quel figlio un simulacro, più che altro, di legittimità, tenendolo estraneo alla propria famiglia, e perciò ricorre all'adozione. E ciò si potrebbe forse ritenere conforme agli intendimenti che ebbe la legge nello istituire questa finzione? E si vorrebbe considerare beneficato ed avvantaggiato quel figlio a cui fu accordata con questo mezzo sola una piccola parte di ciò che gli si potrebbe e gli si dovrebbe dare intiero colla legittimazione? E poi, nell'adozione si simulano tra due persone, per finzione di legge, dei rapporti di filiazione non esistenti in natura. Ciò posto, dire di *far divenire quasi figlio* dell'adottante chi lo è veramente per natura; il parlare di *adottare un figlio proprio* è, come giustamente disse il Marcadè, *pretendere di riavvicinare due termini contradditorii fra loro, due idee delle quali l'una esclude l'altra.* Alcuni autori pensarono di rimuovere ogni taccia di contraddizione nella legge, che ammettesse potersi adottare dai genitori i proprî figli naturali, osservando che il rapporto nascente dall'adozione si aggiungerebbe in tal caso al rapporto di filiazione naturale; e che non sarebbe impossibile una disposizione, la quale dichiarasse che adempiendosi dal genitor naturale le condizioni stesse che sono prescritte per l'adozione di un estraneo, il figlio cangierebbe l'ordinario suo stato in uno migliore e più prossimo a quello d'una perfetta legittimità. Certamente — risposero altri — questa disposizione potrebbe esistere; ma essa snaturerebbe l'adozione, facendola servire, non a consolare chi manchi di figli, ma a procurare un cangiamento di condizione pei figli che già si hanno, e a porre questi

in uno stato ibrido, che non sarebbe più nè quello di semplice filiazione naturale, nè quello dell'adottato estraneo, nè uno stato veramente legittimo.

Or veniamo all'altro punto più importante di esame: se cioè l'adozione dei proprii figli naturali sarebbe o no conforme a quei principii di moralità e d'ordine pubblico, sui quali è stabilito il sistema della legge circa la filiazione naturale e circa la legittimazione. Quali sarebbero i risultati d'una tale adozione? Non certo, come sopra osservammo, di creare pel figlio adottato nuovi rapporti di parentela civile tra lui e la famiglia legittima dell'adottante. Come questi rapporti non sussistevano in precedenza, dipendentemente dalla semplice filiazione naturale (1), così non potrebbero sorgere dall'adozione; la quale, per principio fondamentale, *non induce alcun rapporto civile fra l'adottato e i parenti dell'adottante* (art. 212 cod. civ.). E neppure tra il genitore stesso e il figlio da lui adottato si avrebbero effettivamente tutti i rapporti che derivano dallo stato di filiazione legittima. Così, supposto che l'adottato fosse minore di età, la *tutela legale* esercitata su di lui dal genitore naturale non si convertirebbe in *patrìa podestà civile;* giacchè non è effetto dell'adozione l'attribuire all'adottante questo diritto. Tutto dunque si ridurrebbe, come già dicemmo, a qualche *modificazione nei rapporti preesistenti tra il genitore ed il figlio naturale*, che fosse poi adottato. Ma in che cosa consisterebbero queste modificazioni? L'adottato assume il cognome dell'adottante per aggiungerlo al proprio (art. 210 cod. civ.); ma il figlio naturale ha già il cognome del genitore che lo ha riconosciuto (art. 185 cod. civ.). Sorgono tra l'adottante e l'adottato l'obbligazione e il diritto reciproco agli alimenti (art. 211 cod. civ.); ma anche queste obbligazioni e questi diritti sarebbero già preesistenti tra genitore e figlio naturale (art. 186, 187 codice civile). In ultima analisi quest'adozione non produrrebbe dunque

(1) V. vol. VI, parte II, n. 89*bis*, pag. 19-20.

altro effetto particolare tranne quello di estendere i diritti successorii del figlio naturale adottato, sia quanto alla successione intestata (confr. art. 736, 737 cogli art. 744, 745 cod. civ.), sia quanto alla *quota legittima* nella successione testamentaria (confr. art. 805, 806 cogli art. 815, 816 cod. civ.), sia quanto alla *capacità a ricevere per testamento*, che cesserebbe di subire quelle limitazioni a cui dà luogo la qualità di *figlio naturale non legittimato* (art. 768 cod. civ.). Ora, sarebbe ciò razionale, sarebbe conforme, ripetiamo, ai principii di moralità e d'ordine pubblico, che la legge assunse come fondamentali nel regolare lo stato di filiazione naturale e la legittimazione? Non sarebbe razionale; perchè l'adozione non apportando, secondo la nostra legge, un cangiamento di stato per l'adottato, s'egli fosse figlio naturale dell'adottante dovrebbe conservare immutabilmente quella sua condizione giuridica; nè quindi sarebbe congruo che le modificazioni derivabili a quel suo stato in seguito all'adozione cangiassero i rapporti sostanziali dello stato medesimo, quali sono i diritti successorii che ne dipendono. A questo argomento astratto ne corrisponde poi un altro strettamente attenente alla realtà delle cose, essenzialmente pratico, come lo è la scienza nostra. La legge, per gravi motivi che qui sarebbe superfluo ripetere, ha reputato necessario, a tutela della morale e dell'ordine pubblico, che lo stato di filiazione naturale rimanga in un ordine inferiore rispetto a quello di filiazione legittima; e di questo principio ha fatto un'applicazione speciale all'ordinamento delle successioni, concedendo ai figli naturali minori diritti che ai legittimi nella successione intestata e nella quota sottratta alla disponibilità del testatore, e limitando poi la capacità dei figli naturali stessi a ricevere per testamento dai genitori, a quello solo che è loro attribuito per successione intestata. È dato bensì ai genitori il mezzo di sollevare i figli loro naturali da questa condizione inferiore, legittimandoli col susseguente matrimonio, o se questo non sia possibile, col mezzo del decreto reale. Ma se si ammettesse

inoltre che quei figli potessero essere adottati dal genitore, che non volesse legittimarli, la legge medesima offrirebbe un mezzo di eludere le proprie disposizioni. Adottandoli, egli non li toglierebbe dalla loro condizione di figli semplicemente *naturali;* ma intanto li pareggerebbe quanto ai diritti di successione ai figli legittimi, perchè è questo appunto uno degli effetti essenziali dell'adozione (art. 210 comb. cogli art. 737, 806 cod. civ.), e perchè nessun'altra utilità presenterebbe l'adozione dei figli naturali, come sopra osservammo. Così pertanto sarebbe rimesso in facoltà del genitor naturale di potere, adottando i figli, sottrarli, pur lasciandoli nello stato di semplice filiazione naturale, a quelle limitazioni di diritti successorii e di capacità a ricevere per testamento, che la legge ha riputato necessario di stabilire per tale stato; gli sarebbe fatto lecito di conculcare quei principii di moralità e d'ordine pubblico che determinarono la legge ad ordinare le predette limitazioni. Considerate le cose sotto questo aspetto, sembra manifesta l'inconcludenza dell'argomento, col quale taluni autori hanno voluto rimuovere l'idea che l'equiparare i diritti successorii del figlio naturale adottato a quelli del figlio legittimo contenesse una violazione delle regole di legge che limitano nel figlio naturale medesimo quei diritti. Quando egli si presenta alla successione — dissero quegli autori — vi viene *in qualità di adottato, non in quella di figlio naturale.* Ammettendo anche questa separazione di qualità, sarebbe pur sempre vero che la legge concedendo al figlio, che rimanesse nello stato di filiazione naturale per non essere stato legittimato, la facoltà di essere rivestito della qualità di figlio adottivo, come se fosse un estraneo, e di potere con ciò sottrarsi a quelle limitazioni di diritti e di capacità, che allo stato di filiazione naturale sono annesse, contraddirebbe a sè medesima ed a quegli scopi di sana morale e d'interesse pubblico a cui s'è inspirata nelle massime che ha stabilite circa la filiazione naturale stessa. Inoltre contraddirebbe ai fini che si propose nel regolare la legittima-

zione. Si volle spingere i genitori naturali a contrarre tra loro il matrimonio per dare ai figli lo stato legittimo; e perciò, solo pel caso che fosse impossibile la legittimazione con questo mezzo, si aprì l'altra via della legittimazione per decreto reale. Ma se fosse concesso ai genitori di potere col mezzo dell'adozione attribuire ai figli naturali, senza legittimarli, i medesimi diritti successorii come se fossero legittimi, è evidente che non sarebbero pochi i casi in cui si preferirebbe scegliere questa via, a detrimento dello scopo che la legge si propose nella legittimazione, a scapito manifesto della morale e degli interessi sociali. È stato osservato dagli opinanti in contrario, che se in realtà l'adozione dei figli naturali fosse per apparire contraria ai buoni costumi, e principalmente se i genitori volessero valersene per sottrarsi ad una legittimazione che potrebbero ottenere col mezzo del susseguente matrimonio, vi porrebbe riparo la prudenza dell'autorità giudiziaria, al cui potere discrezionale è sempre subordinata l'omologazione dell'atto di adozione. Ma era egli caso di deferire alla saggezza dei tribunali la facoltà di concedere o vietare ciò che per sè stesso sarebbe in opposizione colle massime fondamentali stabilite dalla legge, coi fini di moralità e d'interesse sociale ch'essa si propose di conseguire? Non trattavasi qui di questioni particolari, che da caso a caso, e per specialità di circostanze, potessero meritare risoluzioni diverse, ma invece d'un principio generale ed assoluto da stabilirsi; ciò che la legge sola poteva fare, ciò che sarebbe stato irrazionale e imprudente il sostituire con decisioni particolari, abbandonate alle opinioni ed ai sentimenti individuali dei magistrati.

Fu osservato ancora, che vietando l'adozione dei figli naturali si giunge a compromettere gravemente lo stato medesimo di essi; perchè sovente potrà accadere che i genitori, per riservarsi la facoltà di adottare il figlio, si astengano dal riconoscerlo, e siano poi sorpresi dalla morte prima d'aver compiuta l'età per poterlo adottare e senza

averlo riconosciuto. Si suppone, così argomentando, che la proibizione dell'adozione non possa riguardare, in ogni caso, se non coloro la cui filiazione naturale sia stata legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata; ma vedremo tra poco che cosa sia da pensarsi di questa massima. Ma, anche volendola ammettere, è certo poi che l'obbiezione proverebbe nulla per voler provare troppo; giacchè se fosse vero che convenisse rimuovere tutto quanto potesse distogliere i genitori dal riconoscere i loro figli naturali, bisognerebbe cominciare dall'abolire tutte le disposizioni che stabiliscono qualche limitazione di capacità e di diritti a danno dei figli naturali, perchè in vista di esse possono i genitori determinarsi a non riconoscere quei figli.

Dal complesso delle preaccennate considerazioni sembra dunque ampiamente giustificata la regola, che seguendo le tradizioni del diritto Giustinianeo e di parecchi tra i codici Italiani preesistenti, fu scritta nell'articolo 205 del codice attuale.

49. Vediamo ora, come ci proponemmo, quale sia l'estensione con cui la proibizione stabilita in quell'articolo debba essere applicata. Essa riguarda, secondo il testo " *i figli nati fuori di matrimonio* ". E la generalità stessa di questa espressione esclude che vi sia luogo a distinguere *se di quei figli sia o no permesso dalla legge il riconoscimento*, se cioè essi appartengano a quella classe che si dice dei *semplicemente naturali* o degli *adulterini od incestuosi*. D'altronde al significato letterale dell' espressione usata dalla legge corrisponde anche lo spirito della disposizione; avvegnachè i motivi di essa, accennati nel numero precedente, riguardino la filiazione semplicemente naturale, e pei figli adulterini o incestuosi ai motivi predetti si aggiunga anche l'altro, che essendo di essi vietato il riconoscimento e vietata la legittimazione, e la loro capacità a ricevere nella successione dei genitori essendo *limitata ai semplici alimenti* (art. 752, 767 cod. civ.), sarebbe incoerente l'ammettere che essi

potessero essere adottati. Come sarebbe possibile, infatti, che la legge, la quale per gravissimi motivi di moralità e d'interesse sociale vieta che questi figli adulterini o incestuosi possano avere un *qualunque stato civile di filiazione*, e nega loro nella successione tanto legittima quanto testamentaria dei genitori qualunque diritto tranne quello degli alimenti, permettesse poi che col mezzo dell'adozione potessero essere portati ad una condizione giuridica, che si è voluto assomigliare per finzione ad una *filiazione legittima*, e che pei rapporti almeno dei diritti di successione ne pareggia gli effetti? Così, seguendo lo stesso indirizzo, la dottrina Francese, nella quale pur vedemmo quanto fosse controversa la questione circa l'essere vietata o permessa l'adozione dei figli naturali, riteneva però generalmente come proibita l'adozione dei figli adulterini od incestuosi (1); sebbene non mancassero alcuni autori i quali sostenevano esser lecita sì l'una che l'altra (2). Ma quanto a noi è indubitabile, a fronte della generale disposizione con cui l'articolo 205 vieta che *possano essere adottati dai loro genitori i figli nati fuori di matrimonio*, che come niuno vorrebbe sostenere l'inapplicabilità di questa disposizione ai figli semplicemente naturali, molto meno si potrebbe escluderne l'applicazione rispetto agli adulterini od incestuosi, pei quali se v'è differenza, essa forma una ragione di più per mantenere rigorosamente la stessa proibizione. Se dunque la paternità o la maternità adulterina od incestuosa dello adottante *risulti indirettamente per sentenza civile o penale, ovvero dipenda da un matrimonio dichiarato nullo*, siccome è supposto nei due primi numeri dell'art. 193, è certo che l'adozione fatta dal genitore dovrà ritenersi come nulla. Qualche dubbio potrebbe sorgere pel caso previsto

---

(1) V. Favard, *Rép.*, v^e *Enfant adultérin*, n. 6; Loiseau, *Traité des enfants naturels*, pag. 346; Taulier, t. I, pag. 461; Marcadé, art. 346, § IV, t. II, n. 100; Demolombe, t. VI, n. 52.

(2) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 17; Laurent, t. IV, n. 209, pag. 294-295.

nel terzo numero di quell'articolo, pel caso cioè che *la paternità o maternità risultasse esclusivamente da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori*. Potrebbe allora ripresentarsi l'idea, altra volta da noi accennata, che *il riconoscimento della filiazione adulterina o incestuosa dovesse considerarsi come assolutamente inesistente in diritto*, e perciò *non potesse nuocere in alcun modo al figlio* riconosciuto vietandone l'adozione da parte del genitore. Ma dimostrammo a suo luogo come il concetto su cui fonderebbesi questa teoria sia assolutamente inammissibile, dato il sistema della legislazione nostra; come l'atto di riconoscimento non sia *giuridicamente inesistente*, ma solamente *nullo;* come poi questa nullità *impedisca bensì che l'atto di riconoscimento possa avere efficacia di attribuire alla persona uno stato civile di filiazione*, ma non gli tolga però l'effetto di *provare il fatto della filiazione illegittima per tutte quelle conseguenze, favorevoli o contrarie, che la legge faccia derivare da un tale fatto* (1). Ciò ritenuto, è chiaro che anche quando la paternità o maternità adulterina od incestuosa risultasse *da esplicita dichiarazione fatta per iscritto dai genitori*, l'adozione che questi facessero del figlio così riconosciuto sarebbe nulla, a termini della disposizione generale del predetto art. 205.

50. Abbiam supposto finora, che opponendosi alla adozione la paternità o maternità naturale dell'adottante, questa consti da *riconoscimento legale*, ovvero che risulti da uno dei mezzi indicati nell'art. 193 la *filiazione adulterina o incestuosa* dell'adottato rispetto all'adottante. Nondimeno sarebbe errore troppo manifesto il ritenere che della filiazione naturale fosse esclusivamente indispensabile il *riconoscimento volontario*, nè bastasse l'esser essa stata *dichiarata giudizialmente*, per impedire al genitore di adottare il proprio figlio nato fuori di matrimonio. Ciò pure sarebbe

(1) V. vol. VI, parte II, n. 162*bis* I, pag. 495-505.

evidentemente contrario alla generalità del testo dell'articolo 205, che non distingue se la qualità di *figli nati fuori di matrimonio* risulti dall'uno o dall'altro dei mezzi di prova, che per tale filiazione sono ammessi dalla legge, se risulti cioè da *riconoscimento volontario* piuttostochè da *riconoscimento forzato*.

Vi si opporrebbero inoltre i principii, secondo i quali vedemmo che sì la dichiarazione giudiziale come il riconoscimento volontario della paternità o maternità naturale producono sempre identici effetti (1); donde segue che identico parimente debba essere tanto per la dichiarazione che pel riconoscimento questo speciale effetto di rendere inammissibile l'adozione dei proprii figli naturali.

Un dubbio solo potrebbe restare; se cioè per impedire l'adozione, in virtù del disposto dall'art. 205, fosse necessario che la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale fosse *anteriore* all'adozione; o se anche dopo il suo verificarsi, gl'interessati ad impugnarla potessero, appunto a questo fine, provocare giudizialmente la dichiarazione della filiazione naturale dell'adottato. Non dissimuleremo che gli autori francesi, nel trattare la questione circa l'essere permessa o vietata l'adozione dei proprî figli illegittimi per parte dell'adottante, supponevano sempre un *riconoscimento anteriore;* e quelli stessi che si pronunciavano favorevolmente alla massima accolta poi nel nostro articolo 205, si appoggiavano alle parole pronunciate davanti al Consiglio di Stato da uno dei suoi membri, il quale volendo dimostrare come l'istituto dell'adozione non potesse essere rivolto in frode della legge, per far pervenire ai figli naturali beneficî e vantaggi non permessi, osservava che " *se i figli sono riconosciuti, non possono esser* " *adottati;* se non lo sono, la loro origine è incerta „. Fra gli espositori del codice nostro abbiamo autorevoli opinioni, le quali sembrerebbero favorevoli alla massima che non

(1) V. vol. VI, parte II, n. 147, pag. 401 e seguenti.

potesse mai farsi luogo ad indagini sulla paternità o maternità illegittima dell'adottante per ottenere, coll'applicazione dell'art. 205, la dichiarazione di nullità dell'adozione (1). Un principio così assoluto però a noi non sembra conforme nè alla lettera nè allo spirito del citato articolo. Non ci pare conforme al testo, perchè esso parla di *figli nati fuori di matrimonio,* senza distinguere se la prova di tale filiazione preesista già legalmente, oppure sia somministrata appunto nell'occasione che s'impugni la validità dell'adozione adducendo la qualità nell'adottato di figlio illegittimo dell'adottante; e non dice espressamente, come in altri luoghi, che la filiazione debba essere *legalmente riconosciuta o dichiarata.* Non ci pare poi conforme allo spirito della legge, poichè essa avrebbe provveduto assai male ai fini, pei quali vietò che i figli nati fuori di matrimonio non potessero essere adottati dai loro genitori, se avesse lasciato che l'adozione potesse compiersi sempreché la filiazione naturale non fosse stata precedentemente riconosciuta in modo legale. Con ciò la legge stessa avrebbe mostrata la via per poter eludere la sua disposizione: poichè ai genitori naturali che volessero, in onta al divieto della legge e ai motivi di moralità e d'ordine pubblico sui quali essa è fondata, adottare i loro figli, basterebbe l'astenersi dal riconoscerli legalmente, per poterne poi fare un'adozione che fosse inattaccabile. Ritenuto pertanto, per principio, che non si debba escludere la possibilità di fare indagini sulla paternità o maternità illegittima dell'adottante, per provare, a termini dell'art. 205, la nullità dell'adozione; è però necessario per poter applicare questo principio stesso di distinguere la *filiazione semplicemente naturale,* da quella di cui è vietato il riconoscimento, cioè l'*adulterina* o *incestuosa.*

Pel primo caso è da ricordare la massima, che *anche terze persone, purchè aventi interesse legittimo, possono pro-*

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 525, 4°; Buniva, vol. II, pag. 113.

muovere in giudizio la dichiarazione di filiazione naturale contro il figlio stesso, allo scopo di far valere in danno di lui quelle incapacità, delle quali per tale suo stato egli *è colpito dalla legge* (1). Fra tali incapacità è senza dubbio da annoverarsi quella, che è stabilita, in riguardo all'adozione, dall'art. 205. Anche per essa potranno dunque gl'interessati ad impugnare l'adozione provocare la dichiarazione giudiziale dello stato di filiazione naturale dell'adottato rispetto l'adottante.

Ma, all'opposto, sulla filiazione adulterina od incestuosa essendo assolutamente vietate le indagini (art. 193 cod. civ.), quand'anche esse siano intentate da *terze persone* allo scopo di far dichiarare esistenti riguardo al figlio quelle incapacità di cui la legge lo colpisce appunto come adulterino od incestuoso (2), è certo che nemmeno per far pronunciare la nullità dell'adozione, a termini dell'art. 205, potrebbesi fare ricerca della paternità o maternità adulterina, o incestuosa, che si apponesse all'adottante rispetto all'adottato. — Tale ci sembra dover essere, secondo i principii, la risoluzione vera del quesito che abbiamo proposto.

51. La proibizione stabilita dall'art. 205 riguarda *i genitori, che volessero adottare i loro figli nati fuori di matrimonio*. Potrebbero dunque *questi figli essere adottati dagli ascendenti legittimi dei loro genitori premorti?* Non troviamo in vero tal ragione sufficiente per dubitarne. Innanzi tutto si tratta in tal caso d'una incapacità, la quale deve essere ristretta entro i termini tassativi della legge. Poi, guardando anche, più che al testo, allo spirito della legge, ne risultano manifesti motivi a conferma della stessa massima. In diritto romano potevasi adottare qual figlio un nipote proprio. Ciò non è però ammesso dal diritto nostro, ostandovi, secondo l'art. 202, l'incapacità assoluta ad adot-

---

(1) V. vol. VI, parte II, n. 129 *bis*, II, pag. 322-334.
(2) V. vol. VI, parte II, n. 163, pag. 527-529.

tare per parte di chi abbia *discendenti legittimi o legittimati.* Ma la esistenza di *figli semplicemente naturali dell'adottante*, ancorchè la loro filiazione sia stata legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata, non toglie, come sappiamo, la capacità attiva per l'adozione (1): e tanto meno poi potrebbe toglierla l'esistenza di *figli naturali d'un discendente legittimo* dell'adottante, qualora questo discendente legittimo fosse premorto.

Non può dunque verificarsi in questo caso la *incapacità assoluta* ad adottare, stabilita dall'art. 202. E quanto alla incapacità relativa determinata dall'art. 205, manca ogni ragione di applicarla, dal momento che si tratta di *discendenti naturali*, i quali non hanno *verun rapporto civile* coi parenti e neppure cogli *ascendenti legittimi dei loro genitori naturali*, rispetto a cui sono considerati dalla legge come *persone estranee* (2).

52. III. " Il tutore non può adottare la persona di cui " ebbe la tutela, se non dopo aver reso il conto della sua " amministrazione ". Questa disposizione dell'art. 207 del nostro codice riconosce la sua origine dal diritto romano (L. 17 ff. *de adopt.*) ed era stabilita in termini pressochè identici nel codice Parmense (art. 143), nell'Albertino (art. 193) e nell'Estense (art. 179). — I motivi ne sono evidenti. Si è voluto impedire che, invece della volontà di beneficare, potesse muovere all'adozione il desiderio di liberarsi più facilmente dall'obbligo di rendere il conto di una tutela male amministrata; non v'ha dubbio infatti che le nuove relazioni, che tra il tutore e il tutelato sorgerebbero dall'adozione, renderebbero più malagevole a questo ultimo l'esigere e sindacare con rigore il rendiconto che gli è dovuto. Si volle inoltre, col richiedere la previa definizione del conto, prevenire ogni occasione di contestazioni,

---

(1) V. sopra, n. 18, pag. 49-50.
(2) V. vol. V, parte I, n. 6, pag. 18-21.

le quali dopo l'adozione potessero insorgere a turbare i rapporti che da essa fossero stati creati (1).

53. Parlando la legge *del tutore*, che voglia adottare la *persona di cui ebbe la tutela*, deve forse ritenersi indispensabile che *la tutela sia cessata legalmente* prima che l'adozione si effettui? Un tale quesito non potrebbe neppure esser proposto, quando la tutela fosse stata aperta *per causa d'interdizione* (art. 329 cod. civ.). È troppo evidente che in tal caso prima che la tutela fosse cessata per la *rivocazione dell'interdizione* (art. 338 codice civile) non sarebbe possibile legalmente il *consenso dell'adottato*, in mancanza del quale l'adozione non può farsi (art. 208 cod. civ.). Ma, quando si tratti di *persona minore di età*, dovrà ritenersi dunque sempre necessario l'aspettare che la tutela ne sia *assolutamente cessata*, o perchè il tutelato *sia giunto alla maggiore età o perchè sia stato emancipato*, acciocchè il tutore possa, *dopo aver reso il conto della sua amministrazione*, adottare il suo amministrato? Ciò sarebbe poco d'accordo colla massima stabilita dall'art. 206, che ammette potersi adottare il minore, il quale abbia compiuto gli anni 18, senza distinguere s'egli sia emancipato o no. Ma d'altra parte bisogna pure che la tutela sia in uno od altro modo finita, dappoichè si richiede il *rendimento del conto*, che suppone necessariamente la cessazione di essa. Deve dunque conchiudersene, che la tutela *deve essere cessata, almeno relativamente al tutore;* il quale, se voglia durante la minore età del suo amministrato, non emancipato, adottarlo, potrà chiedere al consiglio di famiglia *d'essere dispensato dal continuare la tutela* (art. 273-276 codice civile) ed ottenuto ciò, e dopo aver reso il conto della sua amministrazione, procederà poi, coll'approvazione del medesimo consiglio di famiglia, all'atto di adozione.

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 207, § 494, pag. 774.

54. Ma che cosa deve intendersi sotto quelle parole, che la legge ha adoperato, di “ *aver reso il conto dell'am-* “ *ministrazione* „? Dovrà ritenersi sufficiente *la presentazione del conto coi necessari documenti giustificativi*, o sarà necessario che sia stata fatta la liquidazione definitiva del conto medesimo, e sia stato eseguito il pagamento del reliquato, che ne risulti a carico del tutore? Rammentiamoci i motivi dell'art. 207, e la risoluzione del quesito ne discenderà prontamente. La semplice presentazione d'un conto che non sia stato ancora esaminato, e che potrebbe essere così irregolare da non potersi neppure prenderlo in considerazione, sì da rendere necessaria la formazione d'un rendiconto nuovo, sarebbe affatto insufficiente ad ovviare quei pericoli, a prevenire i quali fu stabilita appunto quella disposizione. Ed anzi, fino a che il conto non sia stato veramente *ultimato coll'approvazione definitiva*, che ne sia stata data da chi spetta, rimane sempre il sospetto che il tutore possa adottare l'amministrato pel fine indiretto di sottrarsi agli obblighi suoi circa il rendimento del conto, e rimane il pericolo di contestazioni, le quali vengano a turbare i rapporti che la legge vuole stabiliti nell'adozione. Se dunque la tutela sia *cessata assolutamente per la maggiore età dell'amministrato*, sarà necessario che il conto, *reso a lui personalmente*, sia stato da lui stesso *esaminato e definitivamente approvato coll'assistenza del protutore*, o, in mancanza di questo, coll'assistenza d'altra persona designata dal pretore (arg. art. 307 cod. civ.). Se poi la *cessazione assoluta della tutela* siasi verificata per l'*emancipazione* dell'amministrato, il conto dovrà pure essere stato presentato a lui, e da lui *esaminato e definitivamente approvato coll'assistenza del curatore* (arg. art. 316 cod. civ.). Se in fine sia soltanto *cessata relativamente l'amministrazione tutelare*, il conto dovrà essere stato reso al tutore *subentrato, in presenza del protutore*, ed esaminato ed approvato *coll'intervento del consiglio di famiglia* (arg. art. 306 cod. civ.). — Prima che queste condizioni sieno adempite non potrà veramente

dirsi *reso il conto*, nel senso dell'art. 207 e pei motivi che presiedettero alla disposizione di esso; e l'adozione che si facesse precedentemente a questo momento dal tutore non potrebbe quindi esser ritenuta valida. Ma, d'altra parte, qualora si fosse *resa definitiva la liquidazione del conto*, poco importerebbe che il tutore non avesse per anco soddisfatto il reliquato. Sarebbe questo un debito divenuto liquido e producente interessi a carico del cessato tutore (art. 308 cod. civ.); e, come l'esistenza d'una obbligazione, qualunque essa sia, non impedisce al debitore di adottare il creditore, non vi sarebbe ragione perchè avvenisse diversamente in questo caso, nel quale la definitiva liquidazione avrebbe tolto ogni pericolo di frode od abuso d'autorità a danno di chi verrebbe adottato e di contestazioni ulteriori relativamente alla gestione tutoria.

55. I codici Parmense, Albertino ed Estense, non si erano limitati — come il nostro art. 207 — a prescrivere che il tutore non potesse adottare il tutelato fuorchè dopo il rendimento dei conti; ma aggiungevano inoltre che si dovesse *provvedere il minore, se ne fosse caso, d'altro tutore.* La mancanza di quest'ultima disposizione nel testo del nostro art. 207 significa forse che la nomina d'un nuovo tutore prima dell'adozione non possa esser mai necessaria? Noi non lo crediamo. Quando il tutore volesse adottare il suo amministrato, e questi fosse ancora in età minorile e non emancipato, non sarebbe neppur possibile il rendimento del conto, richiesto dall'art. 207, senza far precedere la nomina del nuovo tutore, al quale il conto dovrebbe essere reso, giusta la disposizione dell'art. 306. Inoltre nel sistema del nostro codice, l'adozione, come vedremo trattando degli effetti di essa, non pone fine alla tutela in cui si trovi costituito l'adottato, il quale non passa perciò sotto la podestà dell'adottante; e neppure fa cessare relativamente la tutela, in chi la eserciti, per trasmettere l'autorità di tutore all'adottante, in nessun luogo infatti la legge

dichiara ch'egli abbia la tutela legale dell'adottato il quale sia minorenne. Da ciò deriva dunque naturalmente, che, quando il tutore stesso, volendo adottare il proprio amministrato, chieda ed ottenga d'essere dispensato dall'ufficio suo, si faccia luogo senz'altro alla nomina immediata d'un nuovo tutore (art. 266 cod. civ.); nè v'era bisogno che la legge si pronunziasse espressamente intorno a ciò. Questa ultima riflessione può servire anche a farci comprendere le ragioni per cui venne taciuto nel nostro codice ciò che era espresso invece nei codici di Parma e di Modena; giacchè questi, attribuendo all'adottante la patria podestà civile sull'adottato minorenne, facevano conseguentemente cessare lo stato di tutela a cui egli fosse soggetto; epperò, se ciò non ostante il legislatore riteneva opportuno che pel breve intervallo precedente l'adozione, che il tutore si determinasse a fare in favore del suo amministrato, si avesse a nominargli un altro tutore, conveniva esprimerlo.

56. IV. Alle altre condizioni necessarie per l'adozione si aggiunge dall'art. 215 n. 3, ch'essa debba inoltre *convenire all'adottato*. E questa *convenienza* deve intendersi, naturalmente, tanto sotto l'aspetto morale che pecuniario; e il richiederla è conforme al carattere, che si volle dare a questa istituzione, considerandola come un *atto di beneficenza* a vantaggio dell'adottato. Possono esservi — come già altra volta notammo — ragioni tratte dai costumi e dalle tendenze dell'adottante, sebbene la fama pubblica gli sia favorevole; possono esservi considerazioni relative a relazioni preesistenti tra l'adottante e l'adottato e le loro famiglie, dalle quali risulti sconveniente, pel rapporto morale, il far luogo alla progettata adozione. Dal lato pecuniario poi essa sarebbe senza dubbio sconveniente, anzi contraria ai fini pei quali è istituita, di procacciare cioè una consolazione all'adottante, ma insieme un benefizio morale e materiale all'adottato, se questi per le condizioni pecuniarie dell'adottante stesso non potesse aspettarsi da

lui altro che l'onere di doverlo alimentare. Per tutte queste considerazioni la legge si è rimessa totalmente, nè poteva far meglio, all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria; la quale, tenendo conto d'ogni circostanza particolare in ciascun caso, giudicherà secondo le proprie convinzioni della convenienza o sconvenienza della proposta adozione. E la facoltà di questo apprezzamento è tanto più ampia, e incensurabile è il giudizio che venga pronunciato, dappoichè di esso, non solo non debbono, ma *non possono neppure essere espressi i motivi nel decreto della Corte di appello* (art. 216 cod. civ.).

Sezione IV.

Di alcuni principii comuni per tutte le condizioni intrinseche dell'adozione.

Sommario. — 57. Esposizione dell'argomento di questa sezione. — 58. (I) Se le condizioni intrinseche, prescritte dalla legge per l'adozione, debbano riguardarsi come tassative. — 59. (*a*) Applicazioni della massima che non si possa, indipendentemente da disposizione espressa di legge, stabilire requisiti e creare impedimenti all'adozione, i quali non risultino nè dai principii generali di diritto, nè da quelli particolari dell'adozione. — 60. Se certe condanne penali possano produrre incapacità ad adottare od essere adottato. — 61. Se un prete cattolico possa adottare. — 62. (*b*) Della massima che i principii generali di diritto valgano a determinare certe condizioni di validità dell'adozione, sebbene la legge non le abbia espressamente dichiarate, applicata ai vizii del consenso prestato dall'adottante o dall'adottato. — 63. Del caso in cui sia straniero l'adottante o l'adottato. — 64. Del caso d'*interdizione giudiziale* dell'adottante o dell'adottato. — 65. (*c*) Della massima che dai principii particolari, stabiliti dalla legge come fondamentali nell'adozione, possano risultare requisiti non espressi nel testo. — 66. Se possano formare impedimento all'adozione i rapporti di parentela o di affinità esistenti tra l'adottante e l'adottando. — 67. Se una stessa persona possa adottare due coniugi. — 68. (II) Principii generali intorno al tempo nel quale debbano essersi verificate le condizioni richieste dalla legge per l'adozione. — 69. Applicazioni di questi principii a ciascuna delle condizioni stabilite dalla legge per l'adozione. — 70. Del caso in cui l'adottante riconosca come proprio figlio nato fuori di matrimonio colui che aveva precedentemente adottato.

57. Dopo avere studiata separatamente ciascuna delle condizioni intrinseche prescritte dalla legge per l'ado-

zione, dobbiamo esaminare se e quali principii vi siano, che a tutte le accennate condizioni possano ugualmente applicarsi. A questo proposito si presentano da risolvere due quesiti. Il primo è, se quelle condizioni siano da considerarsi come determinate *tassativamente* dalla legge; il secondo, si riferisce alla determinazione del tempo in cui le condizioni medesime debbano essersi verificate, perchè si possa far luogo all'adozione.

58. I. Le condizioni, che vedemmo nelle sezioni precedenti essere necessarie per l'adozione, riguardavano la capacità o assoluta o relativa ad adottare e ad essere adottato. Ora, per quel che concerne la capacità giuridica delle persone, havvi un principio fondamentale, di cui non potrebbesi mettere in dubbio l'applicabilità anche in questa materia speciale dell'adozione; il principio, cioè, che le incapacità sono di stretto diritto, che non si possono quindi creare colla interpretazione, che chiunque sia capace naturalmente ad un atto deve riputarsi tale anche civilmente, qualora la legge non dichiari espressamente il contrario. Ma ponendo mente anche ad altre specie di condizioni, le quali non concernessero propriamente la *capacità personale*, rimarrebbe ferma ugualmente la massima, che nessun requisito possa essere considerato come indispensabile per la validità giuridica di un atto, se non derivi immediatamente dalla disposizione stessa della legge. Per altro sarebbe un errore il ritenere che niuna condizione potesse dirsi necessaria alla validità dell'adozione, se non fosse scritta espressamente e specialmente sotto questo titolo del codice; potendo benissimo darsi che un dato requisito risulti indispensabile, o in virtù dei principii generali di diritto applicabili anche all'adozione, o in conseguenza dei principii particolari proclamati dalla legge per l'adozione stessa; ed in ambedue questi casi la nullità dell'atto, mancante di quel requisito o condizione, sarebbe non meno evidentemente l'opera del legislatore, che se

egli l'avesse espressamente dichiarato nel titolo apposito dell'adozione.

Da questi principii noi deriviamo dunque le seguenti regole, delle quali vedremo nei numeri successivi alcune importanti applicazioni:

1° che non potrebb'esservi alcun requisito di validità per l'adozione, il quale non risultasse dal testo o dai principii della legge, per quanto pur fossero gravi i motivi che se ne potessero addurre;

2° che però la volontà del legislatore, ancorchè non dichiarata espressamente con speciali disposizioni sotto il titolo speciale dell'adozione, può risultare dai principii generali di diritto;

3° che può risultare altresì come conseguenza delle massime particolari, che la legge ha proclamate come fondamentali per regolare l'adozione.

59. (*a*). Osservammo già come la nostra legislazione permetta di adottare sotto condizioni perfettamente identiche, a qualunque persona sì dell'uno che dell'altro sesso (art. 202 cod. civ.); e vedemmo risultare altresì dal testo come non sia tra le condizioni richieste che l'adottante sia coniugato o vedovo (arg. art. 208 cod. civ.); onde dovrebbe considerarsi arbitrario il voler ritenere esclusi dalla facoltà di adottare coloro che si trovassero in istato di celibato, sebbene potesse sembrare che l'essere ad essi permessa l'adozione concorresse a distoglierli dal matrimonio. La legge poi non richiede che l'adottante e l'adottato siano del medesimo sesso; epperò il ritenere necessaria questa condizione sarebbe parimente arbitrario. Agl'inconvenienti che potessero derivare eventualmente dall'adozione, che taluno volesse fare d'una persona di sesso diverso, provvede abbastanza l'amplissimo potere discrezionale affidato all'autorità giudiziaria per pronunziarsi circa la *convenienza* dell'adozione (art. 215 cod. civ.).

60. Nella dottrina francese era massima concordemente accettata, che colui il quale per condanna penale fosse incorso nella *morte civile* dovesse ritenersi incapace dell'adozione, sì attivamente che passivamente. Era controverso, all'opposto, se derivasse impedimento all'adozione dall'*interdizione legale*, che per condanna penale avesse subito l'adottante o l'adottato. Per la legislazione nostra *la condanna all'ergastolo, secondo l'art.* 33 *cod. pen.*, § 2, *trae seco la perdita dei diritti politici, della potestà patria e maritale, della capacità di testare, annullando inoltre il testamento fatto prima della condanna, e la interdizione legale del condannato;* però, come sappiamo, questi effetti devono ritenersi determinati *tassativamente*, di guisa che il condannato *non incorre nella privazione d'altri diritti civili*, all'infuori di quelli che trovansi espressamente indicati nella legge. L'interdizione legale stessa non altro riguarda poi nei suoi effetti che la gestione del patrimonio del condannato, essendone a lui tolta l'amministrazione, che viene affidata ad un tutore destinato a rappresentarlo, ed essendogli inoltre vietato ogni *atto di disposizione anche per testamento* (art. 3 delle disposizioni transitorie combinato con l'art. 33, § 2, cod. pen.). La facoltà di adottare od essere adottato non essendo dunque compresa, secondo il testo stesso della legge, nè tra quei diritti la cui privazione è conseguenza della interdizione legale, nè fra gli altri ancora dei quali produce la perdita la condanna all'ergastolo, ne deriverebbe che tale condanna non privasse, per sè, chi l'avesse incorsa, della capacità attiva o passiva all'adozione. Senonchè, quanto alla capacità di adottare, sorgerebbe d'altra parte un ostacolo, per la condizione dalla legge stabilita che l'*adottante debba godere buona fama* (art. 215, n. 2, cod. civ.). Rispetto poi all'adottando, che fosse incorso in una delle condanne portanti *interdizione legale*, spetterebbe all'autorità giudiziaria di usare del suo potere discrezionale pronunciandosi sulla *convenienza o meno dell'adozione;* e certamente nel più grande numero

dei casi dichiarerebbe non farvisi luogo. Ma se, per la particolarità delle circostanze, o per specialissime considerazioni, avesse stimato di doversi pronunciare in senso favorevole all'adozione, non parrebbe che si potesse impugnare questa, allegando l'inadempimento *delle condizioni richieste dalla legge*, non trovandosene tra esse alcuna la quale stabilisca che l'adottando non sia interdetto legalmente.

61. Pure nel diritto francese gravemente controversa era la questione circa il doversi o no riconoscere nei preti cattolici la *capacità di adottare;* niuno essendovi, del resto, che contestasse ad essi quella di darsi in adozione.

La soluzione del dubbio non dovrebb'essere difficile, partendo dai principii, che abbiamo sopra riconosciuti per fondamentali. Non abbiamo disposizione di legge, che stabilisca l'incapacità dei preti ad adottare; a differenza di alcune delle legislazioni anteriori (cod. Austr., § 179; cod. Alb., art. 188). Si potrà dunque stabilire fuor della legge questa incapacità, fondandosi sopra motivi, che, per quanto potessero essere gravi, non determinarono però il legislatore a pronunziare quella parola, colla quale egli solo avrebbe potuto creare un impedimento all'atto civile dell'adozione? Ciò sarebbe troppo manifestamente contrario ai principii. Neppure gli stessi canoni ecclesiastici si oppongono espressamente all'adozione, che si volesse fare da un prete; e perciò qualche autorevole opinione, tra i dottori stessi della Chiesa, starebbe per la validità di tale atto, sebbene lo considerasse come non conforme allo spirito della religione cattolica, che esige dal sacerdote una completa abdicazione degl'interessi mondani per dedicarsi con maggiore perfezione al proprio ministero. Ma come fondare sullo spirito della religione una incapacità civile non dichiarata dalla legge? In mancanza d'un testo esplicito, non è certo nei *principii generali di diritto*, che potrebbe trovare appoggio chi pretendesse di dimostrare l'incapacità predetta.

Glielo offrirebbero forse i *principii speciali*, che la legge pose come fondamentali nel regolare l'adozione? Lo hanno ritenuto alcuni dei giureconsulti, che professavano parimente doversi ritenere civilmente incapaci i preti cattolici a contrarre matrimonio (1), partendo da questa massima, osservavano essi, che l'adozione essendo una *imitazione della natura*, ciò stesso doveva renderla attivamente impossibile per quelle persone, alle quali essendo vietato il matrimonio, era quindi reso per esse impossibile l'averne prole legittima. Altri rispondevano che, se mai, era molto imperfetta questa imitazione della natura, che avevasi nell'adozione; ch'essa non era una *finzione del matrimonio*, ma bensì una *finzione della filiazione legittima;* e che il sacerdozio cattolico non era incompatibile colla paternità legittima, non essendo impedito ad un vedovo con figli il farsi ordinare sacerdote. Ma comunque sia di ciò, gli è certo che ammesso, come a noi parve dimostrato, che non possa ritenersi civilmente incapace il prete cattolico a contrarre matrimonio, scomparisce affatto l'unica obbiezione, che con qualche apparenza di fondamento poteva opporsi alla opinione la quale esclude similmente pel prete cattolico l'incapacità di adottare, non dichiarata dalla legge (2).

62. (*b*) La seconda delle regole sopra enunciate stabilisce potervi essere requisiti di validità dell'adozione, risultanti dai principii generali di diritto, sebbene essi non siano espressamente richiamati nel titolo speciale stesso dell'adozione. E di questa massima ci offre un'applicazione non dubbia il consenso che dev'essere prestato dall'adottante e dall'adottato (art. 208 cod. civ.); infatti se quel consenso si trovasse infetto da qualcuno dei vizii, pei quali

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 95, n. 1; Duranton, t. II, n. 286; Marcadé, art. 346, t. II, § III, n. 97.

(2) V. Richefort, *De l'état des familles*, t. II, n. 315; Valette sur Proudhon, t. II, chap. III in f., pag. 225; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 8; Demolombe, t. VI, n. 54; Laurent, t. IV, n. 202: Borsari, *Comm.*, art. 202, § 489, pag. 765.

esso è reso imperfetto nei contratti comuni e produce quindi la loro nullità, se cioè esso fosse stato *dato per errore* o *estorto con violenza*, o *carpito con dolo* (art. 1108 cod. civ.), ne seguirebbe pure necessariamente la nullità dell'adozione. Si opporrà forse che l'adozione non è un contratto parificabile agli altri ordinarii; che è un *atto di stato civile?* Ma sappiamo già che il consenso delle parti è almeno la base essenziale, in mancanza del quale l'adozione non è neppur concepibile (1); epperò questo consenso dev'essere *perfetto* sì da parte dell'adottante che dell'adottato, così come lo suppone il testo (art. 208 cod. civ.); esso deve riunire tutte quelle condizioni che sono generalmente richieste per qualunque manifestazione di volontà, e se qualche vizio vi si riscontri, o di errore, o di violenza, o di dolo, che basti secondo i principii comuni di diritto ad *annullare il consenso*, questa nullità stessa facendo mancare la base dell'atto di adozione trarrà seco eziandio la nullità dell'atto stesso. Non v'ha dubbio pertanto che le disposizioni contenute negli art. 1109 al 1115 del codice civile dovranno ritenersi applicabili anche pel consenso relativo all'adozione (2). Solo deve osservarsi quest'avvertenza speciale: che la convenzione delle parti avendo qui per oggetto non *cose* ma *persone*, dovrà in conseguenza necessariamente modificarsi l'applicazione dell'art. 1110 nel senso, che l'*errore di fatto* dovrà giudicarsi produrre la nullità dell'adozione, solo quando cadrà *sulla persona* dell'altro contraente o *su quelle qualità di essa che saranno state causa principale della prestazione del consenso.*

63. Un'altra applicazione dei principii generali di diritto facevasi dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese, col richiedere che tanto l'adottante quanto l'adottato *godessero dei diritti civili*, e col ritenere in conseguenza nulla

---

(1) V. sopra, n. 4, pag. 15-17.

(2) V. Demolombe, t. VI, n. 201; Aubry et Rau, t. IV, § 558, n. 2 (*a*); Laurent, t. IV, n. 228; Borsari, *Comm.*, art. 217, § 509 *f*), n. 799.

l'adozione se l'uno o l'altro di essi fosse straniero, a meno che si trovasse nei casi di eccezione contemplati dagli articoli 11 e 13 di quel codice.

L'adozione — così argomentavasi — è una istituzione di puro diritto civile; ora lo straniero è escluso da quei diritti, i quali non sono che pura creazione della legge; egli è dunque da considerarsi in generale come incapace sì attivamente che passivamente dell'adozione (1). E questa argomentazione era giuridicamente esatta rispetto alla legislazione francese e secondo i principii da essa accolti in riguardo alla condizione degli stranieri. Ma non potrebbe certamente dirsi altrettanto sotto l'impero del codice nostro; che avendo stabilita la larghissima massima di diritto internazionale, per effetto della quale gli stranieri sono parificati ai cittadini nel godimento dei diritti civili (art. 3 cod. civ.), ha con ciò rimosso ogni ostacolo, anche in ordine alla capacità attiva e passiva per l'adozione, a favore degli stranieri medesimi.

Nondimeno non riputeremmo potersi accogliere intieramente la massima insegnata da un illustre giureconsulto nostro, che “ *un inglese, il quale si trovasse in Italia potrebbe adottare un cittadino italiano assoggettandosi alla nostra legge* „ (2). Innanzi tutto, il fatto del *trovarsi lo straniero in Italia* o fuori non potrebbe avere alcuna influenza sulla validità e sugli effetti dell'adozione; poichè lo straniero è ammesso da noi al godimento dei diritti civili, senza esigere per condizione ch'egli risieda nel regno. Ma ciò che più importa di osservare si è, che non sembra potersi applicare la legge nostra per la determinazione della capacità dello straniero a compiere atto di adozione; ciò essendo contrario al principio fondamentale fissato nell'art. 6 delle disposizioni preliminari, secondo il quale

(1) V. Duranton, t. II, n. 277, 287; Marcadé, art. 343-346, § II, t. II, n. 96; Demolombe, t. VI, n. 46, 48; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 556, n. 1; Laurent, t. IV, n. 194.

(2) Borsari, *Comm.*, art. 202, § 489, pag. 765.

“ lo stato e la *capacità delle persone* ed i rapporti *di*
“ *famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui*
“ *esse appartengono* „. Supponiamo che l'adottante o l'adottato appartenga ad un paese le cui leggi stabiliscano per la capacità attiva o passiva all'adozione condizioni diverse da quelle che sono richieste secondo la legge nostra; per esempio fissino una diversa età per poter adottare o darsi in adozione. Forsechè potremo giudicare capace, a tenore della legge nostra, lo straniero che sia invece incapace secondo le leggi sue proprie? Ciò risulterebbe in manifesta opposizione col principio fondamentale proclamato nel predetto articolo 6 delle disposizioni preliminari.

Non solo poi riputiamo che debbansi applicare allo straniero le leggi del paese a cui egli appartenga per ciò che riguardi le *speciali condizioni di sua capacità attiva o passiva* per l'adozione, ma ancora per quanto concerna l'*ammissibilità stessa dell'adozione*, i requisiti intrinseci, quali che siano, della sua efficacia, e gli effetti ch'essa possa produrre; e tutto questo ci sembra pure una conseguenza necessaria della massima accolta nel citato art. 6 delle disposizioni preliminari. Si opporrà forse che nell'adozione non si tratta di *rapporti di famiglia*, poichè *non vi è cangiamento di famiglia* (art. 212 cod. civ.), nè si tratta di stato *personale* non verificandosi propriamente un *cangiamento di stato?* Ma se è vero che rimangono inalterati i rapporti dell'adottato colla sua famiglia naturale, e che egli non contrae poi nessun rapporto civile coi parenti dell'adottante, è vero altrettanto che tra l'adottante e l'adottato sorgono relazioni giuridiche corrispondenti in parte a quelle della filiazione legittima, e queste pertanto debbono sotto questo aspetto parificarsi a *rapporti di famiglia*, quali sono il diritto e l'obbligazione reciproca degli alimenti, e i diritti di successibilità dell'adottato, che in ordine all'eredità dell'adottante vien considerato come figlio legittimo di lui; è vero inoltre che dall'adozione può derivare anche qualche

diritto di autorità, che si attiene indubbiamente ed essenzialmente allo *stato delle persone*, quale è quello dell'adottante di prestare il consenso al matrimonio dell'adottato minore di età (art. 63, § 3, cod. civ.); e per conseguenza è vero ancora evidentemente che se l'adozione non apporta assolutamente un *cangiamento di stato*, ne produce però una *modificazione* abbastanza notevole. Supponiamo dunque che uno straniero abbia contratta, sia nel regno od all'estero, sia con un altro straniero o con un cittadino italiano, l'adozione, la quale non sia ammessa dalle leggi sue nazionali. Quest'adozione dovrà, così ci sembra, dichiararsi nulla; nè varrà a renderla valida il disposto delle nostre leggi, nè la circostanza che l'atto sia stato compiuto nel regno, nè l'altra che l'adottando, piuttostochè l'adottato, sia cittadino nostro; poichè sussisterà, ad ogni modo, che quella delle due parti contraenti, la quale era straniera, non poteva per la legge a cui era soggetta apportare al suo stato personale quelle modificazioni, che verrebbero a risultare dall'adozione. Supponiamo che uno straniero, le cui leggi non vietino, come il nostro codice, l'adozione successiva di più persone, abbia realmente adottati più figli per atti separati. Queste successive adozioni saranno valide, non ostante il disposto del nostro art. 203; perciocchè, secondo le leggi nazionali dell'adottante, la modificazione che il suo stato personale aveva subìto colla precedente adozione non gl'impediva di poterne contrarre una nuova. Supponiamo, infine, contratta l'adozione tra due stranieri, le cui leggi nazionali stabiliscano che l'adottato minorenne debba passare sotto la patria potestà civile dell'adottante; anche questo speciale effetto dell'adozione, riguardante evidentemente lo *stato delle persone*, dovrà fuor di dubbio regolarsi coll'applicazione delle leggi nazionali dei contraenti, non ostante la massima stabilita in senso opposto dalla nostra legge, e non ostante che nel regno sia stato compiuto l'atto di adozione. Ma se all'opposto l'adottato fosse italiano, egli non passerebbe sotto la potestà civile dello

adottante, ostandovi le leggi nostre, che non consentono un tale cambiamento di stato.

Ci par dunque dimostrato che tanto per l'ammissibilità stessa dell'adozione, quanto per le condizioni di capacità personale richieste nell'adottante e nell'adottato, o per qualunque requisito intrinseco necessario all'efficacia dell'atto, e per quel che riguarda anche agli effetti che ne possano derivare, sia sempre la legge della nazione a cui appartengano l'adottante o l'adottato, che debba ricevere applicazione. Solo circa le *forme estrinseche* dell'atto, dovrebbero osservarsi le regole stabilite nell'art. 9, § 1°, delle disposizioni preliminari.

64. Abbiamo veduto che la interdizione legale delle persone contraenti l'adozione non è di per sè causa d'impedimento all'adozione medesima (1). Dovrà ora dirsi altrettanto della interdizione giudiziaria? Ben s'intende che per poter proporre un tale quesito bisogna supporre che l'adottante o l'adottando, giudizialmente interdetto, siasi però trovato in un periodo di *lucido intervallo* all'atto in cui prestò il consenso: poichè altrimenti, ben lungi dal potersi disputare circa la validità dell'atto medesimo, esso dovrebbe inevitabilmente considerarsi come *assolutamente inesistente* in diritto. Ma, supposta l'ipotesi che l'adottante o l'adottato si fosse trovato in istato di mente sana quando avesse consentito all'adozione e fino al giorno in cui fosse stato pronunciato dalla Corte il decreto di omologazione, qualora in quell'intervallo egli non fosse ancora prosciolto dalla interdizione, potrebbe sorger dubbio se l'adozione fosse o no annullabile per la incapacità legale del contraente. La dottrina francese era generalmente favorevole alla validità (2). Ma essa si fondava principalmente sulla considerazione, che *potendo l'interdetto contrarre matrimonio in un*

---

(1) V. sopra, n. 60, pag. 115.
(2) V. Demolombe, t. VI, n. 49; Laurent, t. IV, n. 224, pag. 312.

lucido intervallo, dovesse ammettersi per parità di ragione che potesse nella stessa condizione adottare. Ora nella legislazione nostra vediamo invece stabilita espressamente la massima opposta (art. 61 cod. civ.). E se tra le due materie v'è una grave differenza, essa dimostrerebbe piuttosto per maggiore ragione l'impedimento legale che l'interdizione dell'adottante o dell'adottato dovrebbe opporre all'adozione; giacchè questa merita tanto minor favore in confronto del matrimonio.

Potrà osservarsi in contrario, che la facoltà di adottare o di essere adottato è tra quelle che debbono essere qualificate come *essenzialmente e strettissimamente personali*; e che se l'interdizione priva chi ne è colpito dell'esercizio dei suoi diritti civili in generale, non deve però togliergli quello delle facoltà esclusivamente personali, qualora alla interdizione non aggiungasi il fatto della reale *infermità di mente esistente al momento in cui quel determinato atto sia stato compiuto*. E questa massima parve anche a noi accettabile in teoria, e ne facemmo applicazione al riconoscimento della filiazione naturale, che riputammo potersi fare anche dall'interdetto giudizialmente, il quale si trovi all'istante del riconoscimento in istato di mente sana (1). Ma bisogna ancora convenire che è ben diversa l'importanza di quell'atto e il favore di cui esso è meritevole, in confronto di questo di cui trattiamo ora. E d'altra parte devesi inoltre riflettere, che l'adozione ha per base un vero *contratto*, col quale si creano diritti ed obbligazioni reciproche tra l'adottante e l'adottato, in specie per quel che riguarda la prestazione eventuale degli alimenti; sicchè apparirebbe incongruo che l'interdetto, relativamente al quale deve ritenersi nullo generalmente ogni atto ch'egli abbia fatto dopo la sentenza d'interdizione (articolo 335 codice civile), potesse invece compiere validamente questo, che apporta così gravi conseguenze

---

(1) V. vol. VI, parte II, n. 98, pag. 61-64.

per lui, e per la sua successione ancora se trattisi dell'adottante.

Per quanto dunque debba ritenersi rarissimo il caso che sia omologata un'adozione, nella quale sia parte contraente un individuo soggetto ad interdizione non ancora rivocata, se mai esso si verificasse, noi propenderemmo a ritenere che l'adozione medesima dovesse considerarsi come nulla, non ostante che fosse provato che all'atto della prestazione del consenso e fino alla pronunciazione del decreto di omologazione, l'interdetto si fosse trovato di fatto in istato di mente sana.

65. (*c*) Disponendo circa le condizioni di *capacità relativa* per l'adozione, la legge, come vedemmo, non contempla altri rapporti particolari, che esistano fra l'adottante e l'adottando, tranne quelli dipendenti da *filiazione illegittima* (art. 205 cod. civ.) o da *tutela* (art. 207 cod. civ.). Dovremo dire per questo che nessun'altra relazione personale, esistente fra le parti, possa formare impedimento all'adozione? Così dovrebbe ritenersi, pel principio fondamentale che le cause d'incapacità debbono riguardarsi come *tassative;* a meno che però un qualche rapporto speciale tra adottante e adottato sia così evidentemente inconciliabile coll'adozione, secondo i principii fondamentali che la regolano, da dover dire ch'essa sia inammissibile pel sistema stesso della legge, ancorchè ciò non sia stato espressamente dichiarato in un testo.

Supponiamo che uno dei due coniugi volesse adottar l'altro. Sarebb'egli mai possibile ammetterlo? Non v'è, se vuolsi, disposizione testuale che faccia ostacolo, supponendosi d'altronde che tutti gli altri requisiti, d'età, di mancanza di prole, ecc. siano verificati. Ma quella modificazione di stato, che dovrebbe risultare dall'adozione, sarebb'ella compatibile coi rapporti derivanti dallo stato coniugale? È troppo evidente che no. Se fosse il marito che adottasse la moglie, questa avrebbe già assunto pel matrimonio quel

cognome che in virtù dell'adozione dovrebbe aggiungere al proprio; se poi fosse la moglie che adottasse il marito, sarebbe assurdo ch'egli dovesse aggiungere al suo cognome quello della moglie, alla quale col matrimonio ha dato il proprio. L'adottato rimane estraneo ai parenti dell'adottante, coi quali, al contrario, egli avrebbe già rapporti di affinità se l'adottante fosse il coniuge. Il diritto e l'obbligazione reciproca agli alimenti, che risulterebbe come conseguenza dell'adozione, esisterebbe già tra i coniugi, sulla base d'una relazione ben differente e regolata da norme affatto diverse. I diritti di successione subirebbero un cangiamento profondo, in manifesta opposizione coi motivi che determinarono il legislatore nello stabilire quei diritti dipendenti dalle relazioni coniugali. Più di tutto poi vi osterebbe l'indole stessa dell'adozione, lo scopo per cui fu istituita, il carattere giuridico dei rapporti che debbono derivarne. Come mai potrebbe scorgersi il desiderato conforto d'una prole fittizia nell'assumere come figlio il coniuge? Come fingere rapporti di filiazione tra persone, che già altri ne hanno, non solo diversi, ma contraddittorii rispetto a quelli che coll'adozione verrebbero a crearsi? Come conciliare quei rapporti di dipendenza, che debbono legare l'adottato all'adottante, colle relazioni di uguaglianza, che sono proprie dello stato coniugale? Niuno, per certo, vorrebbe farsi sostenitore d'una simile mostruosità. Abbiamo perciò in questo caso un impedimento all'adozione, che sebbene non proclamato in una disposizione espressa, risulta però incontestabilmente dai principii stessi, che la legge pose a fondamento di questa istituzione.

66. La massima che non possano stabilirsi impedimenti all'adozione, i quali non risultino dalle tassative disposizioni della legge, sembrerebbe invece pienamente applicabile a quei casi in cui esistessero tra adottante e adottato altri rapporti di parentela o di affinità; non sembrando che rispetto a questi potesse giustamente allegarsi

che i principii fondamentali dell'adozione si opponessero per se stessi ad ammetterla tra parenti ed affini. Si obbietterà forse che niuno può essere fratello o zio o suocero e contemporaneamente padre della stessa persona? Ma sappiamo pure quanto pallida imitazione della natura sia l'adozione; e non v'ha poi nulla di strano nè di contraddittorio in ciò, che una persona, la quale abbia già con un'altra rapporti di parentela naturale o di affinità, ad essi aggiunga il vincolo civile dell'adozione; mentre del resto questo vincolo non si troverebbe nei suoi effetti in nessuna opposizione rispetto alle conseguenze dei rapporti preesistenti tra adottante e adottato, ma solo renderebbe questi rapporti più intimi e più efficaci. Perchè, per esempio, si vieterebbe ad uno zio, giunto a tarda età e privo di discendenza legittima, di assumere in luogo di figlio il nipote, e perchè lo si costringerebbe, per avere quel conforto che si vuol procurare coll'adozione, a rivolgere piuttosto la sua beneficenza ad un estraneo? Non si contrarierebbero anzi con ciò gl'intendimenti stessi del legislatore, promuovendo l'intrusione di persona estranea nella successione dell'adottante, successione che altrimenti rimarrebbe alla famiglia? D'altra parte, non presenta piuttosto maggiore guarentigia della purità delle intenzioni, e non offre una migliore destinazione della beneficenza quell'adozione, che si faccia a vantaggio di un parente piuttostochè per un estraneo? Verissimo che per natura non si può essere zio e padre della stessa persona; ma non v'ha nulla di assurdo in ciò che colui il quale per relazione di sangue è zio, aggiunga a questo vincolo naturale quello civile dell'adozione, che gli permetta di considerare il nipote come se fosse suo figlio, e di figlio conceda ad esso i diritti in ordine agli alimenti ed alla successione. Ora se, come a noi sembra, è dimostrato che non vi sarebbero ragioni sufficienti per vietare l'adozione tra parenti od affini, molto meno può esser lecito ritenere come esistente questo impedimento non dichiarato dalla legge.

Accolta, in generale, questa massima, è chiaro però ch'essa non potrebbe avere applicazione per la *parentela legittima in linea retta*, e che non potrebbesi presso noi adottare un *discendente legittimo come figlio;* poichè l'esistenza stessa di quel discendente formerebbe di per sè impedimento assoluto all'adozione (art. 202 cod. civ.). Ma, come già avvertimmo, nulla vieterebbe che si potesse adottare, da chi avesse avuto figli o discendenti legittimi premorti, il *figlio naturale d'uno di quei discendenti.* Da una parte infatti, se non impedisce l'adozione l'esistenza d'un figlio naturale dell'adottante stesso, molto meno può impedirla l'esistenza di un figlio naturale d'un discendente legittimo di lui; e d'altra parte non sussistendo alcun rapporto civile tra l'ascendente e il figlio naturale del discendente legittimo (1) non sarebbe neppure possibile che ne sorgesse tra essi una causa d'incapacità relativa all'adozione (2). Queste considerazioni sarebbero ugualmente applicabili al caso che si vericherebbe quando un genitore naturale volesse adottare un figlio o discendente legittimo del figlio suo naturale? Certo è che l'esistenza di quel discendente legittimo da figlio naturale non formerebbe pel genitore un impedimento assoluto all'adozione, poichè non produrrebbe un tale effetto neppure l'esistenza dello stesso figlio naturale. Ma non potremmo ripeter qui quello che già osservammo nel caso precedente, non esservi cioè alcun rapporto civile tra il genitore naturale e il discendente legittimo del figliuolo di lui, giacchè sappiamo che dai rapporti naturali esistenti tra quelle persone conseguono anche effetti civili (3); e perciò appunto, e per ragioni analoghe a quelle per le quali vedemmo essere vietato ai genitori di adottare i *loro figli nati fuori di matrimonio* (art. 205 cod. civ.) riputeremmo eziandio esser loro impedito di adottare i discendenti legittimi di quei figli. Se

---

(1) V. vol. V, parte I, n. 6, pag. 19-21.
(2) V. sopra, n. 51, pag. 106.
(3) V. vol. V, parte I, l. c.

in fatti il figlio naturale fosse ancora vivente, il permettere al genitore naturale di adottare i discendenti legittimi di quel figlio potrebbe allontanare dalla legittimazione, che forse il genitor naturale stesso s'indurrebbe altrimenti a fare; e ciò sarebbe in evidente opposizione collo scopo che anima la disposizione del predetto articolo 205. Se il figlio naturale fosse premorto, potrebbe nondimeno farsene la legittimazione *in vantaggio dei discendenti* di lui (art. 196 cod. civ.); ma il permettere l'adozione riuscirebbe anche qui a diminuire le probabilità della legittimazione, che colla surricordata disposizione dell'art. 205 si è inteso di favorire.

Supponiamo ora che si tratti, non d'un figlio semplicemente naturale, ma *adulterino od incestuoso*, la cui filiazione però consti per uno dei mezzi previsti nell'art. 193. Il genitore adulterino o incestuoso potrebbe forse adottare il figlio o discendente legittimo di quel suo figlio? Qui veramente, nessun rapporto civile sussisterebbe tra quel genitore e questo discendente legittimo del figlio; poichè la filiazione adulterina o incestuosa non produce altro effetto civile tranne quello del diritto alimentario in favore del figlio. Tuttavia penseremmo ancora che l'adozione fosse nel supposto caso impossibile, perciocchè sarebbe contrario allo spirito di rigore, con cui è trattata la filiazione adulterina od incestuosa, contrario allo scopo di moralità, che si propose la legge nel vietare l'adozione di tali figli, il permetterla invece rispetto ai loro discendenti legittimi. Non si volle concedere ai genitori illegittimi nessun rapporto civile coi discendenti anche legittimi dei figli nati d'adulterio o d'incesto; ora invece col permetter loro di adottare quei discendenti, si porrebbero con essi in rapporti, che simulerebbero, ed almeno in parte uguaglierebbero negli effetti, quelli della filiazione legittima. Si vietò al genitore di adottare i proprî figli adulterini od incestuosi, affinchè la possibilità di stabilire questi rapporti di adozione colla prole che potesse nascere dall'adulterio o dall'incesto non divenisse un incentivo a tali misfatti; ora col permettere di

adottare almeno la prole legittima che dai figli adulterini o incestuosi potesse nascere, si scemerebbe l'efficacia del salutare provvedimento. Sembra dunque fondata sopra ragioni abbastanza solide l'opinione, che toglie al genitore adulterino od incestuoso la facoltà di adottare i discendenti legittimi del figlio, che avesse avuto dall'adulterio o dall'incesto.

Per ciò che riguarda la *parentela legittima in linea collaterale*, nessuna eccezione crederemmo potersi fare alla massima generale sopra dimostrata, che non derivi da essa alcun impedimento all'adozione; perciocchè nessuna limitazione comportano i motivi che ne accennammo. Anche il fratello, giunto all'età di 50 anni compiuti e privo di discendenza legittima, potrebbe dunque adottare il fratello, che gli fosse inferiore in età di 18 anni almeno. Nè in vero sapremmo scorgere alcun inconveniente in ciò, che al fatto spesso verificato di un fratello maggiore, che tien luogo di padre al minore, si associasse la finzione della legge coll'adozione.

L'affinità poi, quando anche fosse *in linea retta*, non produrrebbe mai di per sè impedimento all'adozione. Taluno aveva un solo figlio, che premorì alla moglie senza lasciar prole. Non è cessata per questo fatto l'affinità tra lo suocero e la nuora (art. 52, § ult., cod. civ.); ma ne sono attenuati gli effetti, tanto che la vedova non ha più verso lo suocero il diritto agli alimenti (art. 140, n. 2, cod. civ.). Perchè mai dovrebbe essere vietato allo suocero di rimeritare l'affetto e le cure che la nuora prodigò al figliuol suo, e di cercare conforto al dolore della perdita di lui col prendere come figlia la nuora stessa? Non sapremmo in verità scorgere nessuna ragione plausibile di un tal divieto: epperò riputiamo doversi applicare senza esitanza la massima, che non si possa stabilire un impedimento all'adozione quando esso non risulti dalle disposizioni della legge.

67. Alcuni autori Francesi vollero fare un'applicazione della regola, la quale stabilisce che certi impedimenti

dell'adozione, ancorchè non espressi nel titolo speciale di essa, possano dedursi dai principii fondamentali con cui la legge l'ha regolata, sostenendo che una stessa persona non possa adottare due coniugi (1). Invocarono in appoggio della loro opinione l'adagio — *adoptio imitatur naturam* — osservando, essere incongruo, se non assurdo addirittura, il fingere che siano fratello e sorella per adozione coloro che sono già marito e moglie. Aggiunsero, che, come il matrimonio è vietato *tra i figli adottivi della stessa persona* (art. 348 cod. Fr.; 60 cod. It.), per la stessa ragione il matrimonio preesistente dovesse esser di ostacolo all'adozione dei due coniugi per parte di una stessa persona. In fine trassero anche argomento da un testo del diritto romano (§ 2, Inst., *de nuptiis*), l'applicazione del quale non sappiamo se potrebbe esattamente farsi alla presente questione e se la risolvesse nel senso voluto dai citati autori. Ma tralasciando questa obiezione, per non entrare in una discussione, che qui sarebbe poco opportuna, basti osservare che l'invocato testo delle istituzioni Giustinianee si fondava intieramente sulla speciale organizzazione della famiglia in diritto romano, siccome apparisce dal testo: " *si* " *quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam* " *emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum* " *antea filium suum emancipare* ". Ora l'organizzazione della famiglia nel diritto moderno, e i principii fondamentali stessi dell'adozione sono troppo profondamente diversi, perchè dal testo del diritto romano si possa ragionevolmente argomentare. — Nello stesso modo alla considerazione tratta dall'adagio — *adoptio imitatur naturam* — è facile contrapporre che questa imitazione di natura, già imperfetta nel diritto antico, è divenuta molto approssimativa nel nostro; e il vecchio aforisma ha perduto tanto di forza, da essere divenuto impossibile porlo a fondamento

---

(1) V. Grénier, n. 36; Odillon-Barrot, *Encyclopédie du droit*, n. 18; Duranton, t. III, n. 291.

di incapacità e impedimenti all'adozione, che non risultino nè direttamente nè indirettamente dal testo della legge. Resterebbe dunque, solo argomento grave, quello che si dedurrebbe dalla disposizione dell'art. 348 del cod. Fr., a cui corrisponde l'art. 60 del nostro. Anche a questa considerazione si può tuttavia rispondere con una osservazione semplicissima. Quando la legge vieta il matrimonio nel caso contemplato dall'art. 60, § 2, del nostro codice, il motivo di tale proibizione *non è perchè siano inconciliabili le qualità di figli adottivi della stessa persona e di coniugi*, sibbene consiste nella *preesistenza dei rapporti dell'adozione*, i quali producono tra gli adottati dallo stesso individuo una stretta intimità di relazioni, e spesso la convivenza continua. Sarebbe perciò pericoloso al buon costume che tra quelle persone fosse permessa l'unione coniugale (1). Quando al contrario *è il matrimonio che preesiste* tra le persone, le quali verrebbero adottate da uno stesso individuo, non potrebb'esservi alcun motivo somigliante a quello ora rammentato, per cui fosse giustificabile la *proibizione dell'adozione*. Tali sono le ragioni, che ci sembrano decisive, per le quali il maggior numero dei giureconsulti ammette *che due coniugi possano essere adottati da una stessa persona* (2); ma questa massima però deve intendersi per noi con una limitazione, necessariamente risultante dalla disposizione generale dell'art. 203, che cioè l'adozione debba esser fatta *per ambidue i coniugi col medesimo atto*. Tutti, del resto, sono d'accordo nel ritenere eziandio, che nulla osterebbe a potersi adottare separatamente due coniugi, l'uno dal marito e l'altro dalla moglie d'un'altra coppia coniugale (3).

68. II. Grave dissenso vi era tra gli autori Francesi circa la determinazione del momento in cui dovessero veri-

---

(1) V. vol. V, parte I, n. 63, pag. 222-223.

(2) V. Toullier, t. I, n. 448; Marcadé, art. 348, § I, t. II, n. 105: Demolombe, t. VI, n. 56; Aubry et Rau sur Zachariae, § 556, n. 15; Borsari, *Comm.*, art. 203-206, § 493, IV.

(3) V. Demolombe, n. 57; Duranton, l. c.

ficarsi le condizioni legali di capacità attiva e passiva per l'adozione. I più sostenevano che tutte quelle condizioni dovessero concorrere *nel tempo della prestazione del consenso* per parte dell'adottante e dell'adottato (1); e questa opinione fu pure seguita nel diritto nostro (2). Altri insegnava, all'opposto, che " bisognasse riferirsi al tempo in " cui l'adozione venisse iscritta sui registri dello stato " civile, per determinare la *capacità dell'adottante* „ (3).

Altri poi distinguevano la *capacità di fatto*, a prestare il consenso, dalla *capacità di diritto*, consistente nell'assenza d'ogni altro impedimento all'adozione; ma, mentre rispetto alla prima erano d'accordo nel ritenere che essa dovesse verificarsi soltanto *al momento della prestazione del consenso*, quanto alla capacità *di diritto* seguivano i diversi concetti; chi opinando che bisognasse riferirsi *al momento in cui l'atto di consenso all'adozione fosse presentato all'autorità giudiziaria* per l'omologazione (4); chi pensando invece che si dovesse guardare *al tempo in cui si emanasse il decreto della omologazione stessa* (5).

Ci sembra che il nostro codice offra per lo scioglimento di così importante quistione qualche speciale argomento, che non presentavasi nel codice Francese. Ma prima di dimostrare ciò, reputiamo che non manchi d'importanza il notare, come i dubbi che possono sollevarsi, e i mezzi che si presentano per risolverli, variino naturalmente assai, a seconda dell'indole speciale propria a ciascuna delle molte condizioni che vedemmo richiedersi dalla legge per l'adozione. Alcune di quelle condizioni sono infatti estranee a

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 102, n. 2; Toullier et Duvergier, t. II, n. 1004; Valette sur Proudhon, pag. 203, n. (*a*); Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 539, n. 3, 4; Demolombe, t. VI, n. 118.

(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 217, § 506, pag. 794 e seg.: Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 527, pag. 364; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 113-114.

(3) V. Proudhon, t. II, chap. III, sect. IV, § 1, pag. 212.

(4) V. Demante, *Programme*, t. I, n. 349; Marcadé, art. 360, § II, t. II, n. 118-119.

(5) V. Laurent, t. IV, n. 213, pag. 299-300.

qualunque considerazione di tempo; come la differenza di età che deve intercedere tra l'adottante e l'adottato, e il non essere quest'ultimo un figlio dell'adottante nato fuori di matrimonio; e per esse è troppo evidente che non può neppure presentarsi la questione del *tempo in cui abbiano a verificarsi.* Altre condizioni poi sono per legge rimesse alla valutazione della Corte d'appello, secondo le circostanze da essa verificate al momento di omologare l'adozione; come la *buona fama* di cui goda l'adottante, e la *convenienza dell'adozione* per l'adottato; e per esse pure è chiarissimo, che il determinare se si verifichino o no dipende dallo stato di cose esistente al tempo in cui la Corte, assunte le debite informazioni, si pronunzia intorno al *farsi luogo all'adozione;* che se l'adottante, la cui fama fosse stata dubbia al tempo in cui prestava il consenso, si trovasse dopo pienamente riabilitato nell'opinione pubblica, non vi sarebbe ragione alcuna di negargli la facoltà di adottare; mentre all'opposto se al tempo del consenso godesse di fama ottima, la quale però fosse stata smentita da fatti posteriormente scoperti o da condanna subìta, sarebbe irragionevole e contrario allo spirito della legge l'omologare l'atto; che parimente, se al momento del consenso l'adottante fosse stato miserabile, ma nel frattempo lo avesse arricchito un'inaspettata eredità, sarebbe da giudicarsi *conveniente* l'adozione; e dovrebbe ritenersi l'opposto se le sostanze, di cui fosse stato largamente provveduto, gli fossero, dopo dato il consenso, state tolte da un colpo inatteso di sventura.

Restano però ancora diverse condizioni richieste dalla legge per l'adozione; alcune delle quali, avverate che siansi in un momento, rimangono poscia inalterabili, come l'età di 50 anni nell'adottante e di 18 anni nell'adottato, l'essersi prestato il consenso dal padre, dalla madre e dal coniuge dell'uno o dell'altro, l'essere intervenuta l'approvazione del consiglio di famiglia o tutela per l'adottato minorenne e privo di genitori, l'essere stato reso il conto

finale della tutela dall'adottante, che sia stato tutore dell'adottato; altre, verificatesi in un dato tempo, possono ancora venire a mancare, come il non essere stato adottato da altra persona; altre, in fine, verificate una volta, possono cessare e di nuovo riprodursi, come il mancare l'adottante di figli legittimi, il non aver esso altri figli adottivi, e l'essere capace naturalmente e civilmente alla prestazione del consenso.

Se, rispetto a queste varie condizioni, la questione del tempo in cui esse avessero a verificarsi dovesse risolversi col solo sussidio dei principii generali di diritto, la via per giungere alla decisione di essa ci parrebbe nettamente tracciata. La capacità di una persona a consentire devesi verificare al momento nel quale il consenso viene prestato. La capacità giuridica ad un atto, quale ch'esso sia, devesi riscontrare al tempo in cui quell'atto si perfezioni legalmente. E poichè, se non erriamo, secondo il sistema speciale del nostro codice, l'adozione non diviene perfetta se non al momento in cui la Corte ne pronunci l'omologazione (1), ne seguirebbe dunque che le condizioni tutte di capacità attiva o passiva all'adozione dovessero avverarsi al tempo del decreto della Corte; salvo quelle relative alla capacità di consentire, le quali dovrebbero invece sussistere all'istante della prestazione del consenso. Ma il nostro codice, in questo titolo stesso dell'adozione, contiene qualche massima speciale, che ci sembra doversi prendere in considerazione, siccome recante sicuri elementi di decisione per questo punto di controversia. L'articolo 217, del quale già altra volta facemmo menzione, stabilisce, come dimostrammo, due principii fondamentali in materia di adozione. Il primo è che tanto l'adottante quanto l'adottato conservano la libertà di *rivocare unilateralmente ciascuno il proprio consenso finchè il decreto della Corte non sia pronunziato;* da ciò vedemmo derivare per necessaria conseguenza che

(1) V. sopra, n. 6, pag. 22 e seguenti.

fino al predetto tempo non possa reputarsi perfetto, non solo l'atto di adozione, ma *neppure il contratto* tra le parti; che il consenso debbasi riguardare al momento in cui è prestato come una semplice manifestazione di volontà, non producente allora alcun vincolo obbligatorio e che diverrà vero contratto solo quando in quella volontà perseverino le parti consenzienti fino all'istante della omologazione. L'altro principio è, che una volta resa perfetta l'adozione, per essere stata omologata dalla Corte, i suoi effetti debbono, per eccezione ai principii comuni, esserne *retroattivi fino dal giorno dell'atto di consenso* (1). Da ciò risulterebbe, a veder nostro, la conseguenza, che le condizioni stabilite dalla legge per l'efficacia dell'adozione dovessero verificarsi, nello speciale sistema seguìto dalla nostra legislazione, tanto nel momento in cui le parti prestano il consenso, quanto nell'altro in cui la Corte omologa l'atto; in questo, perchè essendo solo allora che l'adozione si compie giuridicamente, è indispensabile, secondo i più certi e fondamentali principii di diritto, che in quel momento stesso concorrano le condizioni volute per la formazione legale dell'atto; in quello, perchè dovendosi a quell'istante riportare gli effetti dell'adozione, è parimente necessario che neppure allora mancassero quei requisiti senza i quali l'efficacia giuridica dell'atto è esclusa dalla legge medesima. Ma che cosa avverrebbe se le condizioni di legge, verificatesi in quei due momenti estremi, dell'inizio e del perfezionamento dell'atto, fossero temporaneamente mancate nell'intervallo? Non crediamo che ciò potrebbe nuocere alla validità dell'adozione. Se le parti hanno potuto prestarvi il consenso, perchè lo facevano in un tempo in cui concorrevano tutti i requisiti legali; se l'adozione ha potuto perfezionarsi, perchè anche al momento della omologazione nessuno mancava dei requisiti predetti; non sembra esservi ragione sufficiente ad impedire la forma-

(1) V. sopra, n. 6, pag. 25-27.

zione legale dell'atto, per la circostanza transitoria che qualcuno dei requisiti fosse momentaneamente mancato nell'intervallo, in cui nessuno degli elementi essenziali di quella formazione veniva ad avere effetto.

69. Tale reputiamo dover essere, nel diritto nostro, la risoluzione vera della questione. E non dubiteremmo di farne applicazione, innanzi tutto, *alla capacità stessa delle parti a consentire*, sia che si consideri la capacità *di fatto* o quella *di diritto*. — Non crediamo pertanto potersi accogliere per noi l'opinione professata da una parte degli autori Francesi e seguìta da alcuni dei giureconsulti nostri, che " *non pregiudicano gl'impedimenti di fatto o di diritto, come la morte, la demenza, l'interdizione, che sopravvenissero anche prima della presentazione dell'atto di consenso alla Corte per l'omologazione, perchè il consenso fa l'adozione* " (1). Lasciamo da parte per ora il caso di *morte dell'adottato*, di cui parleremo più tardi spiegando l'art. 217. Limitiamoci qui ai veri casi di semplice *impedimento all'adozione* per *incapacità* delle parti, o in fatto o in diritto, alla prestazione del consenso. Siamo completamente d'accordo nel ritenere, che, se l'adottante o l'adottato si trovasse all'atto del consenso *incapace naturalmente* a prestarlo per *vizio di mente*, o *incapace legalmente* per *interdizione*, non potrebbesi sul fondamento di quel consenso compiere l'adozione, non ostante che fosse ripristinata la condizione di capacità al momento della omologazione. Non varrebbe il considerare come sia in quel momento che si perfeziona, non solo l'atto d'adozione, ma il contratto stesso delle parti; poichè ciò suppone che da esse sia stato prestato validamente quel consenso, che forma elemento essenziale del contratto e base dell'adozione, mentre nell'ipotesi nostra il consenso sarebbe o giuridicamente *inesistente per incapacità naturale* o legalmente *nullo per incapacità civile*. E, d'altra parte,

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, Buniva, l. c.

come sarebbe ammissibile che gli effetti dell'adozione si producessero retroattivamente *dal giorno dell'atto di consenso*, se in quel giorno fosse stata impossibile naturalmente o legalmente almeno la formazione del contratto di adozione? Ma supponiamo ora che essendo state amendue le parti pienamente capaci all'atto della prestazione del consenso, una di esse si trovi però in istato d'incapacità naturale per infermità di mente, o d'incapacità civile per interdizione, al momento in cui la Corte dovrebbe omologare l'atto. Sarà ella tuttavia possibile questa omologazione? Non lo crediamo; perchè l'accordo stesso delle volontà delle parti aspetta la sanzione dell'autorità giudiziaria, per divenire legalmente perfetto e costituire un vero contratto, ed a ciò osta naturalmente e insormontabilmente la incapacità di una delle parti, che sia sopraggiunta nell'intervallo; perchè è necessario, secondo l'art. 217, che sì l'adottante come l'adottato *abbiano potuto rivocare il loro consenso finchè il decreto della Corte non fosse pronunziato*, e la sopraggiunta incapacità, rendendo impossibile questa rivocazione, toglie di poter dire che fino a quel momento amendue le parti abbiano perseverato nella volontà loro, impedisce quindi che il contratto divenga perfetto e facciasi luogo all'adozione mediante l'omologazione della Corte. — Ma se l'adottante o l'adottato, perfettamente capace sì al momento della prestazione del consenso che a quello della omologazione pronunziata dalla Corte, si fosse momentaneamente trovato in condizione d'incapacità naturale o legale durante il tempo intermedio, non crediamo che ciò potrebbe fare ostacolo; mentre tutte le condizioni sopra dimostrate come necessarie, tanto per la formazione iniziale quanto pel perfezionamento legale del contratto e della adozione, sarebbersi verificate.

Volgiamo ora il pensiero alle altre condizioni prescritte dalla legge, distinguendole nelle tre classi che sopra accennammo. Parliamo dunque prima di quelle, che una volta avveratesi in un determinato tempo, rimangono

poscia inalterabili. Di esse può domandarsi: se basti che siansi verificate al momento dell'omologazione dell'atto, o debbano avere esistito *fin dal tempo della prestazione del consenso?* Non dubiteremmo di attenerci a quest'ultimo concetto. Esso è confermato esplicitamente dalla legge, per ciò che riguarda il consenso da prestarsi dal padre, dalla madre o dal coniuge, che l'adottante o l'adottato abbia viventi, e l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela per l'adottato minore di età e che non abbia i genitori. L'art. 213, § 2°, dichiara infatti espressamente, che queste persone, delle quali è richiesto l'assenso, debbano intervenire personalmente o col mezzo di procuratore per manifestarlo davanti al presidente della Corte *nell'atto stesso in cui prestano il reciproco loro consenso l'adottante e l'adottando.* — Abbiamo collocato questa fra le condizioni, le quali, verificate che siano, non possono più subire alterazione, perchè reputiamo, come dimostreremo a suo tempo, che, una volta dato l'assenso dalle persone designate dalla legge negli art. 208 e 209, non possa essere in loro facoltà di rivocarlo.

Veniamo ad un'altra delle condizioni appartenenti a questo medesimo ordine: quella dell'età richiesta nelle parti. Basterà che l'adottante abbia compito gli anni 50, l'adottando i 18, al tempo in cui la Corte pronunzia l'omologazione, sebbene non avessero per anco raggiunto quel limite di età quando consentirono? Qui pure la risposta non potrebb'essere, a quanto ci sembra, se non negativa. Ciò è troppo evidente rispetto all'adottando; il quale se non avesse compiuti i 18 anni al momento in cui consentisse, si troverebbe, per ragione della *minorità speciale* stabilita dalla legge quanto all'adozione, in una condizione *d'incapacità civile a prestare tale consenso*, il quale perciò sarebbe *nullo.* Quanto poi all'adottante, è chiaro che s'egli potesse dare efficacemente il consenso all'adozione prima di compiere i 50 anni, a condizione di averli compiti quando l'adozione venisse omologata, sarebbero contra-

riati gli scopi che la legge ebbe in vista nello stabilire quel requisito di età; giacchè potendosi iniziare l'adozione da chi si trovasse ancora in età da poter sperare fecondo un matrimonio ch'egli contraesse, ciò stesso potrebbe distoglierlo dal pensiero di cercare nello stato coniugale il conforto di aver prole. È chiaro essere nello spirito della disposizione dell'articolo 202, che solo chi abbia compiti i 50 anni possa pensare a crearsi una figliuolanza fittizia coll'adozione, ed iniziare il procedimento necessario a tale uopo.

L'ultima delle condizioni predette è che *l'adottante abbia reso il conto della sua amministrazione, se sia stato tutore dell'adottando.* — Ed anche rispetto a ciò, è manifesto che l'intendimento del legislatore non sarebbe rispettato, qualora bastasse che il conto fosse reso prima che la Corte pronunziasse l'omologazione; perciocchè il non esserlo ancora al momento della prestazione del consenso, lascierebbe aperto l'adito ad iniziare l'adozione per fine tutt'altro che di beneficenza in pro dell'adottando, e giovandosi dell'influenza esercitata sopra di lui in qualità di tutore; e quantunque rimanesse la facoltà di rivocare il consenso fino all'istante dell'omologazione, sarebbe ben raro che ciò si vedesse attuato, e nel maggior numero dei casi il fine indiretto avuto in mira dall'adottante otterrebbe il suo pieno risultato.

Osservammo esservi qualche altra condizione, la quale, verificatasi in un determinato tempo, può ancora venire a mancare; ed è quella prevista dall'art. 204. Di essa può chiedersi, se l'essere cessata nell'intervallo tra l'atto di consenso delle parti e quello di omologazione della Corte formerà impedimento all'adozione. Ma la risposta non può essere dubbia. Un tale ha prestato successivamente il consenso alle adozioni, che di lui volean fare due persone, non coniugi, domiciliate in diversa giurisdizione. L'omologazione pronunciata da una delle due Corti d'appello, dell'adozione consentita davanti al suo presidente, renderà

certamente impossibile l'omologazione dell'altra; ostandovi la proibizione dell'art. 204 surrammentato. E quando anche l'adozione, che fu omologata per prima, fosse stata l'ultima ad essere consentita, ciò non potrebbe produrre la nullità di quella; perciocchè non essendo l'atto di consenso, ma l'omologazione, che rende perfetta l'adozione, non potrebbe dirsi *adottato prima da un altro*, a termini del predetto articolo, colui che soltanto aveva prima consentito ad una diversa adozione, ed anzi varrebbe come *rivocazione implicita, ma necessaria*, di tale consenso, quello che dopo fu prestato alla nuova adozione e nel quale si perseverò fino all'omologazione di essa (art. 217, § 1°, codice civile).

Discendiamo finalmente all'ultima categoria, delle condizioni mutabili in modo da potersi verificare in un dato tempo, cessare poi, e nuovamente riprodursi. Consisterebbero esse nel non aversi dall'adottante nè figli o discendenti legittimi o legittimati, nè figli adottati precedentemente. Che anche tali condizioni debbano esistere sì al momento della prestazione del consenso, che a quello dell'omologazione dell'atto, non crediamo che possa porsi in dubbio, per quelle ragioni generali che nel numero precedente esponemmo. Così, se taluno avesse avuto un figlio legittimo o legittimato o adottivo al tempo in cui prestò il consenso per l'adozione d'un altro, la morte che di quel figlio fosse avvenuta prima che la nuova adozione fosse omologata, non varrebbe a salvar questa dalla nullità; perciocchè la base di quest'adozione sarebbe stata posta, il consenso sarebbe stato prestato dall'adottante quando egli non lo poteva per la proibizione fattagliene dalla legge, in causa dell'esistenza di quel figlio o discendente legittimo o legittimato, o di quel figlio precedentemente adottato. Parimente, se al momento della prestazione del consenso l'adottante non avesse nè figli o discendenti legittimi o legittimati, nè figli adottivi, ma un figlio legittimo gli fosse nato od almeno fosse stato concepito prima

che la Corte si pronunziasse su quell'adozione, essa non potrebb'essere omologata, o, quando lo fosse, sarebbe ad ogni modo nulla; giacchè sarebbe mancato un requisito di sua validità all'istante in cui avrebbe dovuto perfezionarsi, prendere vita ed efficacia giuridica. Che se poi di questo figlio, concepito dopo formato l'atto di consenso all'adozione, fosse avvenuta la morte innanzi che l'adozione stessa venisse omologata, nulla osterebbe alla pronunciazione ulteriore di tale omologazione, dappoichè essa avverrebbe in un tempo, nel quale sarebbero ripristinate le condizioni che renderebbero lecita l'adozione, come lecita era allorchè le parti diedero il loro consenso.

Rispetto ad *altri figli adottivi*, non è neppur da supporre che l'adottante non ne avesse quando prestava il consenso all'adozione e ne avesse invece allorchè questa venisse omologata, o ne avesse avuto uno nel tempo intermedio. Posta anche l'ipotesi singolare, che taluno, dopo avere consentito davanti il presidente della Corte all'adozione d'una persona, volesse fare un nuovo atto per adottare una persona diversa, pensiamo ch'egli non potrebbe esservi ammesso, se non rivocando l'adozione precedente, come ne dà facoltà l'art. 217, § 1°. Ed anzi ci sembra che lo stesso atto di consentimento a prendere come figlio adottivo un diverso individuo potrebbe valere come *rivocazione tacita* del consenso prestato prima ad altra adozione. Ond'è che nè questo consenso anteriore formerebbe ostacolo all'omologazione della nuova adozione ed alla validità di essa; nè poi la morte che avvenisse del nuovo adottato, permetterebbe di rimettere in corso il procedimento dell'adozione dapprima iniziata, ma sarebbe necessario, in caso, di rinnovarlo intieramente, cominciando da un nuovo atto di consenso.

70. Tra le condizioni dell'adozione, alla cui esistenza è estranea ogni considerazione di tempo, è naturalmente da porsi, come già avvertimmo, anche quella che consiste nel non essere figlio nato fuori di matrimonio dell'adottante

colui che vorrebb'essere adottato (1). Può domandarsi però: se nessuna influenza debba parimente attribuirsi alla considerazione del tempo, in riguardo al riconoscimento volontario o forzato, da cui possa risultare la prova di quella filiazione illegittima.

In altri termini: se l'adottato venga riconosciuto o dichiarato giudizialmente come figlio nato fuori di matrimonio dell'adottante, ne rimarrà annullata l'adozione? Poche, ma decisive considerazioni ci sembrano bastanti a dimostrare che non si potrebbe negarlo. Il nostro codice nell'art. 205 ha sciolta espressamente, come già vedemmo, una questione gravemente controversa in diritto Francese, dichiarando che " i figli nati fuori di matrimonio non possono " essere adottati dai loro genitori „. È dunque stabilito dal testo stesso della legge essere *assolutamente incompatibili tra loro le due qualità di figlio nato fuori di matrimonio e di figlio adottivo d'una stessa persona*. Ed è precisamente la sola qualità di figlio nato fuori di matrimonio, *il solo fatto di tale filiazione*, che costituisce impedimento all'adozione; ond'è che qualunque persona legittimamente interessata potrebbe intentare le indagini sulla maternità, ed anche sulla paternità nei casi eccezionalmente permessi dalla legge, allo scopo appunto di dimostrare la nullità dell'adozione fatta dal genitore illegittimo (2). Nè ciò che sarebbe permesso ad ogni terza persona, avente un legittimo interesse, potrebbe negarsi al figlio stesso naturale, che fosse stato adottato dal genitore, quando, d'altronde, egli si trovasse nei casi previsti dagli art. 189, 190 cod. civ. Vero è che ben difficilmente egli s'indurrebbe a promuovere indagini di filiazione naturale, il cui risultato sarebbe di porlo, quanto ai diritti di successione nella eredità del genitore, in una condizione meno favorevole di quella che gli è assicurata come figlio adottivo. Ma, in fine, s'egli preferisse a questi

---

(1) V. sopra, n. 68, pag. 133.
(2) V. sopra, n. 50, pag. 103-104.

interessi pecuniari quello morale di rivendicarsi uno stato di filiazione vera, quantunque illegittima, potrebbe ciò essergli impedito dal consenso che aveva anteriormente prestato all'adozione? E all'adottante potrebbe forse reputarsi vietato il fare un riconoscimento, al quale può avere gravi interessi, per far risultare legalmente i rapporti di filiazione naturale che realmente lo stringano a colui, col quale contrasse i rapporti fittizii dell'adozione? Per rispondere affermativamente a queste domande, bisognerebbe ammettere che col consentire all'adozione l'adottante e l'adottato si fossero validamente spogliati della facoltà di far constare legalmente, col mezzo del riconoscimento, per l'uno, delle indagini giudiziali, per l'altro, dei rapporti di filiazione naturale che tra loro esistessero. Ma ciò sarebbe troppo manifestamente contrario ai più fondamentali principii; poichè sappiamo che nè la facoltà di riconoscere i proprii figli naturali, nè quella di promuovere in giudizio la dichiarazione del proprio stato di filiazione naturale, possono mai essere oggetto di *rinuncia espressa o tacita*, non essendone suscettibile veruno dei rapporti attinenti allo stato delle persone, siccome essenzialmente spettanti all'ordine pubblico. Ciò posto adunque, e poichè d'altra parte le qualità di figlio naturale e di figlio adottivo d'una stessa persona sono, come dicemmo, assolutamente incompatibili, ne deriverà necessariamente, che quando una persona precedentemente adottata venga riconosciuta o giudizialmente dichiarata quale figlio nato fuori di matrimonio dell'adottante, l'adozione debba considerarsi come nulla, non ostante l'anteriorità di essa; perciocchè sì il riconoscimento volontario che la dichiarazione giudiziale hanno carattere *puramente dichiarativo*, e servono unicamente come *mezzi di prova del fatto preesistente della filiazione naturale*, che costituiva tra genitore e figlio una causa d'incapacità relativa all'adozione, a termini del predetto articolo 205.

Per motivi analoghi ci sembra altrettanto manifesto, che qualora per uno dei mezzi speciali previsti nell'art. 193

risultasse provata la paternità o maternità adulterina od incestuosa dell'adottante rispetto all'adottato, dovrebbe considerarsi come nulla l'adozione precedente, a tenore del disposto del medesimo articolo 205.

E conchiudendo, possiamo oramai affermare, che in ordine all'impedimento per l'adozione, nascente dai rapporti di filiazione illegittima, che esistessero tra adottante e adottato, nessuna influenza può esercitare la considerazione del tempo, neppur quanto al riconoscimento volontario o forzato da cui risulti la prova di tale filiazione.

CAPO II.

Delle solennità estrinseche dell'adozione.

Sommario. — 71. Principio generale risguardante le forme dell'adozione. Partizione della materia. — 72. (I) Da quale funzionario e davanti quale magistrato debba essere ricevuto l'atto di consenso delle parti. — 73. Se, e dentro quali limiti, spetti innanzi tutto al presidente della Corte di appello il verificare l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge per l'adozione. — 74. Necessità della presenza personale delle parti all'atto di consenso. — 75. Modi in cui dev'essere dato l'assenso dalle persone, che a termini di legge debbano essere chiamate a prestarlo per l'adozione altrui. — 76. Revocabilità del consenso prestato dalle parti. — 77. Irrevocabilità dell'assenso dato dalle persone indicate negli articoli 208 e 209. — 78. Del caso che per alcuna di queste persone abbia assentito un procuratore il cui mandato sia stato prima revocato, inscienti le parti. — 79. (II) Motivi della competenza attribuita alla Corte d'appello per l'omologazione dell'atto di consenso all'adozione. — 80. Da chi, entro qual termine e con quali forme debba essere presentato alla Corte l'atto di adozione per essere omologato. — 81. Se il predetto termine debba riguardarsi come *perentorio*. — 82. Del caso, che dopo la presentazione dell'atto di consenso alla Corte, e prima dell'omologazione, sia avvenuta la morte dell'adottante o dell'adottato. — 83. Forme del procedimento davanti alla Corte. — 84. Caratteri giuridici particolari del decreto pronunziato dalla Corte. — 85. Se e con quali mezzi possa questo decreto essere impugnato. — 86. Della pubblicità che dev'esser data al decreto con cui l'adozione sia stata ammessa. — 87. (III) Motivi pei quali devesi far constare dell'adozione nei registri dello stato civile. — 88. In quale ufficio di stato civile debbasi ciò eseguire. — 89. Quali persone possano fare istanza a tal uopo. — 90. Entro qual termine debbasi adempire questa prescrizione di legge. — 91. Quali siano le forme da osservarsi.

71. Osservammo altra volta come il processo, col quale si forma l'atto di adozione, possa distinguersi in tre parti principali, cioè: 1° la *prestazione del consenso* dello adottante e dell'adottando; 2° l'*omologazione* da parte dell'autorità giudiziaria; 3° l'*annotazione di quell'atto nei registri dello stato civile* (1).

Prima però di occuparci particolarmente di ciascuno dei preindicati argomenti, non sarà inopportuna l'avvertenza d'un principio fondamentale, che dev'essere tenuto presente siccome dominante in tutta la materia, a cui rivolgiamo ora le nostre indagini.

L'adozione è un atto concernente lo stato delle persone, e come tale la legge lo volle *solenne* nel più stretto senso della parola. Le forme di cui si reputò necessario nel pubblico interesse di circondare quest'atto, devono dunque, in generale, considerarsi come indispensabili ad essere adempite per dargli vita giuridica, siccome si verifica appunto negli *atti solenni*, ai quali può applicarsi veramente l'adagio — *forma dat esse rei.* — Riserbiamo a più tardi l'esaminare la questione, se tutte le forme ordinate dalla legge, o quali di esse, debbano considerarsi come assolutamente *essenziali*, talchè la loro mancanza debba produrre l'inesistenza giuridica dell'atto. Frattanto però è manifesto non potersi mettere in dubbio che quelle forme, le quali siano considerate, secondo i termini e lo spirito della legge, come costitutive di quella solennità che si volle attribuire all'atto di adozione, debbano riguardarsi necessariamente come *essenziali dell'atto medesimo*.

72. I. L'atto del consenso, che l'art. 208, § 1°, richiede dall'adottante e dall'adottando, deve, giusta il prescritto dal successivo art. 213, *essere ricevuto dal cancelliere della Corte d'appello, nel cui distretto ha domicilio l'adottante, e davanti al presidente della Corte medesima*, al quale si lo

---

(1) V. sopra, n[i] 5, 6, pag. 18.

adottante che l'adottando *hanno a presentarsi personalmente* a tale uopo. — Si è data così dal nostro codice a questa prima parte fondamentale dell'atto di adozione tanta solennità quanta non ne ebbe da alcuna delle legislazioni anteriori.

E poichè la condizione del dover comparire i contraenti dinanzi al presidente della Corte d'appello è senza dubbio una parte importantissima delle solennità di cui si volle circondare l'adozione, è anche incontestabile che il consenso, che fosse stato prestato davanti a un notaio od a qualunque altro ufficiale pubblico, dovrebb'essere considerato come *inesistente giuridicamente.*

L'intervento di così alto magistrato, qual è il presidente dello stesso collegio, al quale spetta poi di pronunziare la omologazione, è una guarentigia rassicurante per la perfetta osservanza della legge e per la sincerità e ponderazione del consenso prestato dalle parti.

73. Si è dubitato se il presidente della Corte, prima di ammettere le parti all'atto di consenso, abbia o no da verificare se le condizioni volute dalla legge siano adempite. — Una questione simile era stata proposta da qualche autore sotto il codice Francese, secondo il quale l'atto di consenso doveva essere ricevuto dal *giudice di pace del domicilio dell'adottante* (art. 353); ed era stata risolta nel senso, che quel magistrato *non potesse esigere la prova dell'adempimento delle condizioni richieste, nè in mancanza di ciò rifiutarsi di ricevere il contratto* (1). Osservavasi che altrimenti le parti, le quali reputassero ingiusto il rifiuto, non avrebbero altro mezzo, per vincere la resistenza ad esse opposta, se non di trarre il giudice davanti al tribunale, che quindi avrebbe a pronunciarsi anticipatamente sopra una questione, la quale dovrebbe inevitabilmente essergli ripresentata più tardi; e si darebbe in tal modo a

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 118.

questo procedimento una pubblicità, che la legge stimò prudente di evitare. Anche qualche espositore del codice nostro ripetè che " l'esistenza o mancanza delle condi-" zioni riguardanti tanto l'adottante quanto l'adottato *non* " *possa essere constatata che dalla Corte d'appello, e perciò* " *il suo presidente, avanti cui quell'atto deve esser fatto, non* " *possa ricusarsi di riceverlo* „ (1). Altri insegnò, al contrario, che nel verificare l'adempimento delle condizioni di legge " la Corte rivede il fatto del presidente, *che però* " *non ammette le parti alla stipulazione ove non concorrano* " *le condizioni legali;* quindi l'ufficio del presidente non è " materiale, nè passivo „ (2). E reputiamo che da questo concetto non sia ragionevole allontanarsi. Gli argomenti che si adducevano sotto il codice Francese, quando l'atto di consenso facevasi davanti il giudice di pace, ed era poi presentato per l'omologazione al tribunale, non possono avere lo stesso valore per noi, dovendo le parti presentarsi, per dare il loro consenso, al presidente della stessa Corte d'appello, a cui spetta di omologare l'adozione. Nè potrebbe parere consentaneo allo spirito della legge, nel volere l'intervento di così alto magistrato, ch'egli dovesse prestare passivamente il proprio ministero ad un atto, che fosse in manifesta opposizione colle disposizioni legislative. Al ricorso delle parti, per essere ammesse all'atto del loro reciproco consenso, devono essere, com'è di regola, uniti i documenti relativi; e se da essi risulti qualche impedimento legale all'adozione, il presidente della Corte, non solo può, ma *deve ricusarsi di ricevere un atto che sarebbe contrario alla legge.* D'altra parte, ravvicinando le due disposizioni degli art. 213 e 215, sembra che ne risulti abbastanza manifesta la diversità degli uffici attribuiti al presidente ed alla stessa Corte d'appello, per ciò che riguarda l'accertamento delle condizioni volute per l'adozione. La Corte

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 527, n. 2, pag. 364.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 215, § 502, pag. 787.

deve *assumere le opportune informazioni, per verificare se tutte le condizioni della legge siano state adempite, se l'adottante goda buona fama, se l'adozione convenga all'adottato.* Il presidente non potrebbe dunque, fondandosi sovra cognizioni personali proprie, o sopra informazioni assunte, o sopra opposizioni presentate da persone interessate, rifiutarsi di ricevere l'atto di consenso, per una mancanza di condizioni legali, che non risultasse dai documenti presentati, o per mala fama dell'adottante o per sconvenienza dell'adozione. Con ciò si usurperebbero evidentemente le attribuzioni proprie della Corte. Ma se si tratti d'un impedimento, la cui prova emerga indubbiamente dalla semplice ispezione dei documenti, la Corte non può avere su ciò nulla da *informare* nè da *verificare;* e sarebbe altrettanto incongruo il dar corso ad un procedimento, che manifestamente non potrebbe condurre ad alcun risultato, quanto irragionevole il tenere obbligato il presidente della Corte a prestare il proprio ufficio per un atto, che non può avere effetto legale. Certamente però, come bene avverte il *Borsari*, se anche il presidente non avesse riconosciuto l'esistenza di qualche impedimento, che pure risultasse dai documenti prodotti, spetterebbe sempre alla Corte di rifiutare l'omologazione, che non potrebb'essere conceduta in mancanza di alcuna delle condizioni di legge, qualunque potesse essere la natura di tale condizione.

74. In diritto Francese era controverso se fosse necessaria la *presenza personale* delle parti davanti al giudice nell'atto della prestazione del consenso. Il codice nostro ha tolto il dubbio, dichiarando nella prima parte dell'articolo 213: " la persona che vorrà adottare e quella che " vorrà essere adottata, *si presenteranno personalmente al* " *presidente della Corte d'appello* ". E questo concetto del legislatore è posto in maggiore risalto dal successivo paragrafo del medesimo articolo, che per le persone delle quali è richiesto l'assenso, a termini degli art. 208 e 209,

ammette *poter esse intervenire in persona* o *per procura*. La solennità e l'importanza dell'atto, destinato ad apportare modificazioni nello stato personale, giustificano che per quanto concerne l'intervento delle parti non si faccia qui applicazione del principio generale, secondo cui ogni persona e per qualunque atto giuridico può farsi rappresentare da un mandatario.

Il *Borsari* propone il quesito: " se il consenso del minore " *coram judice* sia sufficiente ". E dice di *crederlo* " quan- " tunque motivo di dubitare possa rinvenirsi nel principio " generale, che dichiara i minori incapaci di obbligarsi " (1). Non sembra però che la ragione del dubbio sia molto grave. Non trattasi qui d'una *obbligazione ordinaria d'interesse pecuniario*, ma d'un *atto relativo allo stato delle persone*. Le regole comuni circa la capacità di obbligarsi non possono dunque applicarsi nella loro interezza all'adozione. Avvi per questa una *maggiorità speciale*, fissata a 18 anni. Lo adottando, che ha compiuto questa età, deve, al pari del maggiorenne, *prestare personalmente il consenso* all'adozione che di lui voglia farsi (2). Tuttavia non potrebbesi dire con esattezza che *bastasse il consenso del minore, dato davanti al presidente della Corte;* mentre la legge richiede espressamente, come formalità abilitante, che contemporaneamente davanti lo stesso presidente *intervengano in persona o per procura, e prestino l'assenso loro, i genitori dell'adottando*, e in loro mancanza il *consiglio di famiglia o di tutela*, a cui questi, come minore di età, sia soggetto (art. 208, 209, 213, § 2°, cod. civ.).

75. Nel già citato art. 213, al paragrafo secondo, è disposto che " dovranno pure intervenire *in persona o per* " *procura* quelli di cui è richiesto l'assenso a norma degli " articoli 208 e 209 ".

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 213, § 501, pag. 785.
(2) V. sopra, n. 4, pag. 15-16.

Non basta dunque che il consenso del padre, della madre o del coniuge dell'adottante o dell'adottato, o l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela per l'adottando minore di età, *constino da atto autentico;* ma è necessario che si diano davanti il presidente della Corte e si ricevano dal cancelliere. Ed anche il consiglio di famiglia o di tutela nel caso contemplato dall'art. 209, deve prendere la propria deliberazione davanti il presidente della Corte, coll'intervento *personale* di coloro che lo compongono, non potendo qui ammettersi la rappresentanza per procura, in forza della massima stabilita nell'art. 255. Qualora a maggioranza assoluta di voti sia deliberata l'approvazione della adozione del minore (art. 258 cod. civ.) si fa luogo a ricevere l'atto di consenso, nel quale il cancelliere della Corte deve far menzione dell'approvazione predetta.

Tutto ciò forma una deroga ai principii comuni; secondo i quali, nonostantechè si trattasse di assenso da prestarsi per un atto solenne, dovrebbe bastare che tale consenso risultasse da *atto autentico*, e da una deliberazione regolare nelle forme ordinarie per quanto concerne l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela. Così è ritenuto dalla legge anche in riguardo al consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela pel matrimonio del minore (art. 81 cod. civ.). Per certo con questa disposizione speciale s'intese di uniformarsi meglio alla solennità dell'atto di adozione; ma non è facile comprendere il perchè siasi data in questo particolare a tale atto un'importanza maggiore di quella del matrimonio, che si contragga da un minorenne, così da ritenere insufficienti le forme per esso ammesse. Comunque sia, non par dubbio, a fronte del testo medesimo della legge, che il consenso del padre, della madre, del coniuge, del consiglio di famiglia o di tutela, sebbene constasse da atto autentico, dovrebbe riguardarsi come inesistente per l'efficacia dell'atto di adozione, qualora le persone chiamate dalla legge a prestarlo non lo avessero dato davanti al presidente della

Corte contestualmente all'atto di consenso dell'adottante e dell'adottato.

Non è però richiesto assolutamente l'intervento personale di coloro che sono indicati negli articoli 208 e 209, potendo essi, per l'espressa disposizione dell'art. 213, farsi rappresentare per procura; fatta eccezione, come osservammo, per le persone componenti il consiglio di famiglia o di tutela. La legge non dice di più; ma par chiaro, sebbene non sia espresso, che la procura dovrebb'essere *speciale ed autentica;* essendo ciò di diritto comune per tutti i casi in cui si tratti di farsi rappresentare da mandatarii in atti solenni, ed essendo anche stabilito come massima generale per tutti gli *atti dello stato civile*, coi quali ha la massima analogia questo dell'adozione (art. 354 codice civile). — Sembra poi che la *specialità della procura* abbia ad intendersi, non solo nel senso che debba *contenere la precisa indicazione tanto dell'adottante quanto dell' adottato*, ma, inoltre, che debba risultarne esplicitamente *l'assenso all'adozione*, di guisa che il mandato non riguardi che la rappresentanza della persona nel comparire davanti al presidente della Corte. La facoltà, che fosse lasciata al procuratore, di determinarsi, a suo giudizio, per la prestazione o negazione del consenso, parrebbe troppo contraria a quel carattere di personalità, che è connaturale ad atti di tale specie. Ridotta la cosa in questi termini, da cui non pare potersi ragionevolmente prescindere, reputiamo che non sarebbe stato inconveniente l'ammettere, secondo i principii comuni, che il padre, la madre o il coniuge dell'adottato o dell'adottante potessero prestare l'assenso loro in atto autentico separato, da prodursi poi tra i documenti all'atto del consenso delle parti; piuttostochè, volendo mantenere rigorosamente la necessità dell'intervento davanti al presidente della Corte, ricorrere al temperamento di concedere la facoltà di farsi rappresentare da un procuratore, al quale non può, a nostro avviso almeno, essere riserbata che la rappresentanza materiale del mandante,

mentre il consenso di questo deve risultare già dall'atto medesimo del mandato.

76. Il consenso, prestato dall'adottante e dall'adottando nelle forme stabilite dall'art. 213, non è però fin da quel momento irrevocabile. Sappiamo anzi che per le disposizioni speciali del nostro codice, fino alla pronunciazione del decreto con cui la Corte d'appello omologhi l'adozione, rimane in facoltà dell'adottante e dell'adottato, tanto d'accordo tra loro, quanto l'uno contro la volontà dell'altro, di ritrattare quel consenso, che non costituisce vero contratto, se non per la perseveranza delle volontà dei contraenti fino all'istante della omologazione. Ma dal momento in cui essa sia pronunciata, l'adozione non potrebbe più essere sciolta neppure per consenso dell'adottante e dello adottato (1).

77. Sarà ugualmente rivocabile l'assenso prestato dal padre, dalla madre, dal coniuge dell'adottante o dello adottato, ovvero l'approvazione data dal consiglio di famiglia o di tutela per l'adozione del minore? Nonostante il dubbio, che su questo punto può derivare dalla mancanza d'ogni disposizione testuale, che somministri i mezzi per risolverlo, ci sembra però doversi dare una risposta negativa. L'assenso od approvazione di quelle persone è richiesto dalla legge, come *formalità abilitante necessaria alla validità dell'atto di consenso di chi vuole adottare e di chi vuol essere adottato*. Ciò risulta manifesto anche dallo esigersi che quelle persone *intervengano in persona o per procura all'atto di quel consenso*, per prestarvi l'approvazione loro (art. 213, § 2°, cod. civ.). È diversamente del consenso che certe persone sono chiamate dalla legge a dare pel matrimonio altrui; chè sebbene debba esso prestarsi *nell'atto della richiesta delle pubblicazioni*, è però essenziale

---

(1) V. sopra, n. 7, pag. 30-31.

che la volontà di quelle persone perseveri e concorra colla volontà degli sposi *fino al momento della celebrazione del matrimonio;* ond'è conseguente, che fino a quell'istante l'assenso dato dalle predette persone possa essere da esse liberamente rivocato (1). Nell'adozione, invece, il consenso del padre, della madre o del coniuge dell'adottato o dello adottante, non è considerato veramente come una condizione il cui concorso sia necessario al momento in cui l'atto dell'adozione stesso divenga giuridicamente perfetto; ma solo, come dicevamo, quale requisito di abilitazione delle parti a prestare validamente il consenso loro a quell'atto. Con questo concetto concorda in fatti anche la disposizione dell'art. 208; nel quale è considerato l'assenso del padre, della madre e del coniuge dell'adottante e dell'adottato come *concorrente col consenso delle parti* stesse. Allorchè dunque, coll'adempimento di questa formalità abilitante, sia stato validamente prestato il consenso dallo adottante e dall'adottando, ciascuno di essi ha oramai un diritto acquisito a proseguire il procedimento per perfezionare l'adozione, e che null'altro potrà troncare fuori della rivocazione, che ad ognuno di loro rimane libera finchè il decreto della Corte non sia pronunziato.

78. Dalla stessa massima, che l'assenso delle persone indicate nell'art. 208, § 2°, sia *irrevocabile dal momento in cui sia stato prestato davanti al presidente della Corte di appello il consenso dell'adottante e dell'adottato*, risulta però che nel caso, in cui, prevalendosi della facoltà conceduta dall'art. 213, § 2°, quelle persone avessero costituito procuratore per rappresentarle, esse potrebbero rivocare efficacemente il mandato finchè i procuratori non fossero comparsi davanti il presidente e non avessero prestato in nome dei mandanti l'assenso. Ma che cosa avverrebbe quando la rivocazione del mandato, fatta prima d'allora,

---

(1) V. vol. V, parte I, n. 79, pag. 297.

non fosse però stata notificata in tempo al procuratore, od almeno non fosse stata nota all'adottante e all'adottando, i quali perciò fossero *in buona fede* devenuti all'atto di consenso per l'adozione? Non apparirebbe motivo per cui non fossero applicabili le norme generali stabilite a tale proposito pel mandato; epperò sembra, che, a termini degli articoli 1759, 1762, dovrebbe considerarsi come dato validamente l'assenso dal procuratore, ed acquisito quindi per l'adottante e l'adottato, che fossero stati in buona fede, il diritto di proseguire nel procedimento, non altrimenti che se il padre, la madre o il coniuge, dopo avere prestato personalmente il consenso, pretendessero di rivocarlo.

79. II. Prestato il consenso dalle parti, e posta così la base essenziale dell'atto di adozione, è però necessario per completarlo giuridicamente, come altra volta dimostrammo (1), che sia sottoposto all'autorità giudiziaria, affinchè questa riconosca l'esistenza di tutte le condizioni richieste dalla legge, e pronunci quindi *farsi luogo all'adozione*. Alcuni dei codici anteriori all'attuale, ad imitazione del Francese (art. 354, 357), stabilivano a tale uopo un doppio grado di giurisdizione. Così il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 278-281) e l'Albertino (art. 203-206). Lo stesso sistema era stato seguito nel progetto della commissione senatoria (art. 227-230). Ma la commissione coordinatrice considerò " che l'adozione è cosa di tanta " importanza, che merita di essere omologata dalla Corte " d'appello anzichè dal tribunale, col che si eviterebbe " anche l'inconveniente del doppio grado di giurisdizione, " e si seguirebbe in certo modo il principio già adottato " per la legittimazione per rescritto sovrano „ (2).

Furono questi i motivi della disposizione, che leggiamo nell'art. 214 del nostro codice: " L'atto di adozione sarà

(1) V. sopra, n. 5, pag. 18.
(2) V. Proc. verb., n. 12, § XI, pag. 141-142.

“ presentato, entro i dieci giorni susseguenti, in copia
“ autentica dalla parte più diligente alla Corte per la
“ omologazione „.

La Corte d'appello competente è *quella nel cui distretto ha domicilio l'adottante* (art. 213 cod. civ.), essendo più facile ad essa il procurarsi le informazioni necessarie per verificare se siano state adempite tutte le condizioni volute dalla legge, se l'adottante goda buona fama, se l'adozione convenga all'adottato. Forse, come taluno ha osservato, avrebbe potuto convenir meglio ancora il riferirsi al *luogo di residenza* dell'adottante; perchè in caso ch'esso sia diverso da quello del domicilio, è presumibile che l'adottante sia più conosciuto nel luogo in cui dimora abitualmente. Comunque sia, non può dubitarsi che la competenza della Corte è determinata esclusivamente, secondo il testo espresso della legge, dal *domicilio generale dell'adottante.*

80. Non è necessario che ambedue le parti concorrano nel presentare alla Corte l'atto del consenso da esse prestato per l'adozione, e nel presentare la istanza per l'omologazione.

Tutto ciò può eseguirsi *dalla parte più diligente;* ma non perchè ciascuno dei contraenti abbia già un *diritto acquisito a fronte dell'altro*, e possa quindi a malgrado di lui proseguire e condurre a termine il procedimento per l'adozione; chè sappiamo non divenir questa perfetta e non poter quindi produrre diritti acquisiti se non dal momento della pronunciazione del decreto di omologazione, e fino a quel tempo restare in facoltà sì dell'adottante che dell'adottato il *rivocare* contro l'altro il consenso prestato (art. 217, § 1°, cod. civ.). Se dunque non è ancora sorto pel consenso dell'adottante e dell'adottato un vincolo giuridico obbligatorio tra essi, sicchè non può neppure dirsi *perfetto il contratto*, che è base dell'adozione, è troppo chiaro non potersi pensare che l'uno di essi abbia diritto di iniziare e compiere contro la volontà dell'altro una

procedura, che può ad ogni istante essere troncata colla rivocazione, che quest'altro faccia, del proprio consenso. Ma ciò stesso presenta sott'altro aspetto la giustificazione della massima, che basti l'opera *della parte più diligente* per promuovere l'omologazione; poichè se l'altra parte lascia continuare il procedimento, e non vi si oppone, e non lo tronca rivocando il consenso prestato, ciò vuol dire che essa pure lo approva, ed è quindi riputato con ragione che la parte più diligente agisca come rappresentante anche l'altra per tacito mandato. Ad ogni modo questa facoltà d'iniziativa lasciata dalla legge a ciascuna delle due parti non può produrre verun inconveniente, essendo sempre pronto e libero il mezzo di ovviarvi colla rivocazione del consenso.

A promuovere l'omologazione è prefisso dal citato articolo 214 il termine di *dieci giorni*, computabili da quello in cui sia stato ricevuto l'atto di consenso dell'adottante e dell'adottato. E non è dubbio che per l'applicazione dei principii generali circa la computazione dei termini, non dovrebbe comprendersi nel numero dei dieci giorni quello in cui l'atto di consenso fu ricevuto, ma il decimo giorno dopo quello dovrebb'essere l'ultimo utile per la istanza di omologazione. Resta però a decidersi se il termine predetto debba riguardarsi come *perentorio;* questione sulla quale diremo qualche parola nel numero successivo. Intanto non sarà forse senza qualche utilità l'osservare, che della brevità di questo termine di dieci giorni gli interpreti del codice Francese indicavano come motivo la convenienza, che una questione riguardante, come questa, lo stato delle persone, non rimanesse lungo tempo indecisa, e fossero prontamente e irrevocabilmente stabiliti i nuovi rapporti, che si volevano far sorgere dall'adozione. Ma nel sistema del codice nostro sembra potersi aggiungere quest'altra non lieve considerazione: che a fronte della libertà lasciata a ciascuna delle parti di poter sempre, fino a che non sia pronunziato il decreto di omologazione, rivocare, anche

contro la volontà dell'altra parte, il proprio consenso, importava che la facoltà conceduta sì all'adottante che all'adottato di rendersi più diligente nel promuovere, anche senza il concorso dell'altro, l'omologazione dell'atto, fosse circoscritta da un termine assai breve. Altrimenti potrebbe non difficilmente accadere, che venisse omologata un'adozione, per la quale la volontà di ambedue le parti non avesse realmente perseverato, com'è necessario, fino al momento della pronunciazione del decreto. Dopo l'atto di consenso, prestato dinanzi al presidente della Corte, le due parti hanno d'accordo abbandonato il proposito dell'adozione; e quantunque fosse stato prudente il fare una rivocazione esplicita, non si è pensato nella persuasione, in cui era ciascuno dei contraenti, che l'altro non avrebbe più dato seguito al procedimento. Al contrario, dopo trascorso molto tempo, l'adottante, per esempio, promuove l'omologazione dell'atto e riesce ad ottenerla all'insaputa dell'adottato, che subisce così una modificazione di stato, alla quale non concorre più la sua volontà. Una simile sorpresa è fatta impossibile colla prescrizione di un termine brevissimo, entro il quale soltanto possa la parte, che vuol rendersi più diligente, provocare l'omologazione dell'atto; poichè all'altra parte riesce facile l'accertarsi se quella dia o no seguito al procedimento, e rivocare, in caso, il proprio consenso.

Circa le forme, il citato art. 214 accenna soltanto alla necessità che *l'atto di consenso per l'adozione sia presentato in copia autentica alla Corte per l'omologazione*. Al resto provvedono le disposizioni generali del codice di procedura; dalle quali risulta che *il ricorso* per l'omologazione deve essere *sottoscritto da un procuratore od avvocato esercente presso la Corte a cui è diretto* (art. 50, § ultimo, cod. proc. civile), e presentato nella cancelleria colla copia autentica dell'atto di consenso e cogli altri documenti tutti, necessari a provare l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge per l'adozione. Ricorso e documenti sono poi presentati nel

giorno successivo dal cancelliere al presidente, che ne ordina la comunicazione al ministero pubblico; e si fa luogo successivamente al corso ordinario dei procedimenti in camera di consiglio, secondo le disposizioni degli art. 779, 780 del codice di proc. civile. — Si è dubitato se queste norme generali siano applicabili anche quanto al potersi delegare uno dei consiglieri della Corte a riferire in camera di consiglio sul ricorso presentato. E il dubbio potrebbe coonestarsi colla massima scritta nell'art. 216 del cod. civ., che *debba omettersi ogni altra formalità di procedura*, salvo quella di *sentire il pubblico ministero*. Ma non può dirsi veramente un *atto di procedura* questo, col quale non si fa che incaricare uno dei magistrati, che debbono prender parte alla pronunciazione del decreto, di esaminare più particolarmente i documenti e sottoporre poi i risultati delle sue indagini al collegio, per facilitarne le determinazioni. D'altra parte lo scopo della legge è di evitare quelle forme di procedura, per le quali potesse darsi pubblicità ai motivi che facessero respingere l'adozione; e a questo scopo non può nuocere certamente una relazione da farsi in camera di consiglio.

81. È controverso se il termine di dieci giorni per presentare ad essere omologato l'atto di consenso all'adozione debba considerarsi come *perentorio*. La dottrina Francese presenta autorità rispettabili a sostegno della massima che tale lo riguarderebbe (1) come in appoggio dell'opinione contraria (2), la quale è seguìta da illustri interpreti del codice nostro (3). — Bisogna osservare però che nella

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 1002; Demante, *Programme*, I, n. 348, n. 2; Duranton, t. III, n. 303; Valette sur Proudhon, t. II, chap. III, sect. III, pag. 204, n. (*a*) II; Marcadé, art. 354, t. II, n. 117; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 528.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 102, n. 3; Duvergier sur Toullier, l. c.; Demolombe, t. VI, n. 98; Aubry et Rau, t. IV, § 557, n. 2; Laurent, t. IV, n. 219.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 214, § 503 (*b*), pag. 788-789; Buniva, vol. II, pag. 116.

legislazione Francese offrivasi in quest'ultimo senso qualche grave argomento, che non potrebbe avere alcun valore per noi. Il Tribunato aveva proposto di *subordinare l'efficacia dell'adozione all'osservanza dei termini prescritti per presentarne l'atto all'omologazione del tribunale, della Corte, ed alla iscrizione nei registri dello stato civile.* La proposta essendo stata accolta soltanto per quest'ultimo termine, era ovvio il dover ritenere non perentorii gli altri. Ma da noi neppure il termine per l'annotazione dell'atto di adozione nei registri dello stato civile è stato considerato come perentorio; poichè l'articolo 219 ammette, nonostante la mancanza di quell'annotazione, la piena efficacia dell'adozione tra le parti contraenti, nè per l'inosservanza del termine considera come assolutamente inefficace l'adozione nemmeno a fronte dei terzi, *limitandosi a farne decorrere contro di essi gli effetti solo dal giorno dell'annotazione tardiva.* Da ciò veramente potrebbesi pretendere di trarre un argomento di analogia, per dimostrare che neppure il termine per presentare l'atto di adozione all'omologazione della Corte dovesse essere perentorio. È però da notare che la prescrizione del termine per l'annotazione dell'atto di adozione nei registri dello stato civile ha dal testo medesimo della legge una sanzione abbastanza efficace, nell'esserne sospeso ogni effetto contro i terzi fino al giorno in cui l'annotazione predetta sia realmente eseguita; mentre pel termine di cui nell'art. 214, potrebbe dirsi che mancherebbe affatto qualunque sanzione non ritenendolo perentorio. Ond'è che potrebbe ripetersi il grave argomento addotto da quelli, tra gli autori Francesi, che propugnavano la perentorietà: “ a “ che mai la legge avrebbesi presa la cura di precisare ter- “ mini, la cui trasgressione non fosse poi impedita da nes- “ suna sanzione? „. Senonchè per noi la questione vuol essere inoltre considerata sotto un altro aspetto. Abbiamo dimostrato nel numero precedente, che nel sistema stabilito dal codice nostro la prescrizione del breve termine di dieci giorni, entro i quali *la parte più diligente può richiedere*

l'omologazione dell'atto di adozione, è giustificata anche dallo scopo di assicurare piena efficacia alla facoltà, riserbata a ciascuna delle parti, di poter rivocare il proprio consenso finchè non sia pronunziato il decreto della Corte. Se dunque una delle parti potesse, dopo scaduto il termine di cui all'art. 214, iniziare e compiere all'insaputa dell'altra il procedimento destinato a rendere perfetta l'adozione, sarebbe distrutto uno dei fini principali per cui quel termine fu stabilito, e il ritenere ch'esso potesse impunemente restare inosservato sarebbe apertamente contrario allo spirito della legge. Questa, è vero, *non ha dichiarato perentorio quel termine;* ma ha bensì affidato alla Corte di esaminare *se tutte le condizioni della legge siano state adempite;* ed una di queste condizioni mancherebbe, per non essersi presentato l'atto alla omologazione dentro il termine stabilito. Ma *se ambedue le parti concorrano nel fare la presentazione tardiva dell'atto di adozione*, o se almeno, facendolo una sola di esse, sia però provato, o per notificazione legalmente fatta dal richiedente, o per altro mezzo, che l'altra parte non lo ignori, non vi è più motivo per ritenere che la scadenza di quel termine faccia ostacolo al procedimento d'omologazione, ed obblighi le parti a devenire, in caso, ad un nuovo atto di consenso. In questa ipotesi è giusta l'osservazione del *Laurent*, che: " *l'interesse* " *pubblico non è più in causa; e quanto alle parti, spetta ad* " *esse il vegliare ai proprii interessi* ".

Ecco dunque le massime, che crederemmo doversi adottare in questo argomento tanto disputato:

Il termine stabilito dall'articolo 214 *non è veramente perentorio.* Quindi è che se la presentazione tardiva dell'atto di adozione sia fatta d'accordo da ambedue le parti, od essendo fatta da una sola di esse, consti però che l'altra abbia avuto notizia dell'iniziato procedimento, potrà la Corte omologare l'adozione, nè questa potrebbe essere annullata per violazione del predetto articolo 214.

Ma se una sola delle parti chiedesse l'omologazione dopo scaduto il termine, e non constasse che l'altra parte ne fosse informata, *la Corte dovrebbe respingere il ricorso per inadempimento d'una delle condizioni volute dalla legge.*

82. La presentazione dell'atto di consenso per l'adozione, alla Corte d'appello, produce un effetto speciale, intorno a cui altra volta avemmo occasione di fare incidentalmente qualche osservazione (1) e che è dichiarato nella seconda parte dell'art. 217 del codice nei seguenti termini:

" Se l'adottante muore, dopo la presentazione dell'atto " di consenso alla Corte e prima della omologazione, sarà " tuttavia continuato il procedimento, e ammessa, qualora " sia il caso, l'adozione.

" Gli eredi dell'adottante potranno presentare alla Corte " col mezzo del pubblico ministero memorie ed osserva- " zioni per dimostrare inammissibile l'adozione ".

Chi reputi, come il *Pacifici-Mazzoni*, essere già perfetta l'adozione col solo consenso delle parti, deve trovare molto ovvia la spiegazione di questa disposizione; o piuttosto dovrebbe incontrare una sola difficoltà, quella di concepire un motivo pel quale il legislatore avesse potuto credere necessario di esprimere una massima così evidente quale è *questa*, che *la morte d'una delle parti, avvenuta posteriormente al perfetto compimento legale di un atto, non pregiudichi all'efficacia dell'atto medesimo;* e una difficoltà ancor maggiore a spiegarsi come il legislatore avesse parlato della sola *morte dell'adottante* e non di quella dell'adottato, ed avesse supposto che fosse avvenuta quella morte *dopo la presentazione dell'atto di consenso alla Corte*, e non piuttosto *dopo tale atto*, ancorchè prima della presentazione di esso. E infatti il lodato scrittore accetta senza esitare la teoria di alcuni autori Francesi, che non solo la morte dello

(1) V. sopra, n. 6, pag. 27-28.

adottante, ma quella dell'adottato, o qualunque causa d'incapacità naturale o legale dell'uno o dell'altro, che sopravvenissero *dopo compiuto l'atto di consenso davanti al presidente*, non dovessero impedire la presentazione di tale atto alla Corte e la sua omologazione (1).

A noi parve invece risultar chiaro dal testo stesso della nostra legge, che l'adozione non debbasi riputare *perfetta pel solo consenso* prestato dalle parti, ma *coll'omologazione pronunziata dalla Corte*, e che, anzi, fino a questa pronunziazione non possa dirsi veramente *perfetto neppure il contratto*, poichè *ciascuna delle parti può liberamente rivocare il proprio consenso* (2). Non potremmo dunque accordarci, nè sul fondamento, nè nello sviluppo, nè nelle conseguenze della surricordata dottrina; e dobbiamo cercare da altre considerazioni la spiegazione di quelle parti dell'art. 217 che ora commentiamo. Confessiamo poi di non saper comprendere come l'illustre cons. *Borsari*, dopo avere rilevata come una importante innovazione recata dal nostro codice l'aver esso considerato *il consenso solennemente dato* dalle parti davanti il presidente, come il *solo inizio fondamentale dell'adozione*, che ha poi *il suo compimento nella omologazione della Corte d'appello*, venga qui a dirci " che *l'adozione si* " *forma col consenso solenne delle parti, che in quel momento* " *avevano i requisiti legali*..... "; che la omologazione..... " *non fa che verificare e dichiarare valida e sussistente la* " *convenzione fin da quel giorno;* che, dunque, *nonostante* " *qualunque mutamento nelle condizioni personali delle parti,* " *sopravvenuto dopo quel giorno, l'atto di adozione deve rite-* " *nersi già compiuto e inalterabile* ".

Senonchè, mentre da queste premesse dovrebbesi dedurre che neppure la *morte dell'adottato* potesse troncare il procedimento dell'omologazione, l'egregio autore si arresta davanti al testo preciso della legge, che parla della sola

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 533, pag. 367.
(2) V. sopra, n. 6, pag. 25-27.

morte dell'adottante, e cerca poi con ragioni ingegnose di giustificare la differenza (1).

Ma nell'ordine d'idee che ci siamo formato, ispirandoci, per quanto ci parve, al dettato positivo della legge, la via che noi dobbiamo seguire è diversa.

Finchè non sia pronunciato il decreto della Corte, che ammetta l'adozione, essa non può considerarsi avere una perfetta esistenza giuridica, neppure *come contratto* tra l'adottante e l'adottato, molto meno poi *come atto di stato civile*. Sotto il primo rapporto essa attende il suo compimento legale dalla perseveranza della volontà delle parti, ciascuna delle quali rimane libera di rivocare il proprio consenso fino alla pronunciazione di quel decreto. Sotto l'altro rapporto essa non può divenire efficace, per quella modificazione di stato personale che è destinata a produrre, se non quando riceva la solenne sanzione dell'autorità giudiziaria; la quale non ha la sola missione di verificare *se tutte le condizioni della legge siano state adempite*, ma eziandio di riconoscere *se l'adottante goda buona fama* e di *giudicare se l'adozione convenga all'adottato*. Nella quale ultima parte specialmente sembrerebbe erroneo il pensare che il pronunciato della Corte avesse quel *carattere puramente dichiarativo*, che è proprio dei giudicati ordinari; mentre la Corte compie con ciò un *atto di autorità*, necessario per dare alla convenzione delle parti quella sanzione, senza di cui essa non potrebbe, pel disposto della legge, apportare le modificazioni di stato personale che l'adozione tende a produrre.

Partendo da questo concetto fondamentale, se dovessimo fare una semplice applicazione dei principii generali di diritto, dovremmo ritenere senza dubbio, che la morte dell'adottante o dell'adottato, avvenuta prima che l'atto di loro consenso fosse omologato dalla Corte, dovesse rendere impossibile il compiersi dell'adozione mediante l'omologazione predetta, e troncar quindi *ipso facto* il procedimento

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 217, § 506, pag. 794 e seguenti.

che fosse stato iniziato. E veramente sarebbe inconcepibile l'operarsi una modificazione di stato civile nei rapporti tra due persone, l'una delle quali fosse premorta. La legge però fece all'applicabilità di questi principii generali una *limitazione*, in riguardo al caso di *morte dell'adottante* e qualora essa sia avvenuta *dopo la presentazione dell'atto di consenso alla Corte;* ordinando allora che *si continui il procedimento e si ammetta, se ne sia il caso, l'adozione.*

Quali ne sono i motivi? Non è difficile immaginarli. Col presentare l'atto alla Corte, affinchè l'omologasse, l'adottante avea già fatto quanto era possibile da parte sua al fine di attuare l'adozione, nella quale egli perseverò colla volontà sua fino all'ultimo istante di vita, poichè — come supponiamo — non usò della facoltà, che gli era conceduta, di rivocare il consenso prestato. E quand'anche la presentazione dell'atto fosse stata eseguita dal *solo adottato*, ciò non costituirebbe una differenza influente; avvegnachè quella delle parti, che a termini dell'art. 214 rendasi diligente nell'iniziare il procedimento, si reputi farlo *in nome anche dell'altra e col tacito consenso di essa* (1).

Ciò posto, sarebbe dunque un troppo grave inconveniente, se dalla maggiore o minore sollecitudine, con cui potessero assumersi le necessarie informazioni e compiersi i procedimenti dinanzi alla Corte, dovesse dipendere l'effettuarsi o no dell'adozione, e, quindi, l'attribuirsi o no allo adottato il diritto di successione nell'eredità dell'adottante premorto. Un breve indugio prodotto da minore diligenza in chi assumesse le informazioni, o forse anche da eventi puramente casuali, potrebbe privar l'adottato del diritto successorio, ch'egli avrebbe acquistato, se il procedimento avesse potuto compiersi e l'omologazione pronunciarsi prima che avvenisse la morte dell'adottante. Questo pericolo è ovviato completamente colla disposizione del nostro articolo 217, § 2°; poichè, concedendosi che *si continui il*

---

(1) V. sopra, n. 80, pag. 156.

procedimento e si ammetta, qualora sia il caso, l'adozione, e, d'altra parte, *gli effetti di essa*, qualora la Corte la ammetta, *riportandosi fino al giorno dell'atto di consenso* (articolo 217, § 1°), sarà per tal modo assicurato in favore dell'adottato il diritto alla successione apertasi per la morte dell'adottante.

La disposizione predetta dell'art. 217, § 2°, è dunque ampiamente giustificata; ma, rammentiamolo, essa non è che una ragionevole *eccezione ai principii comuni*, in forza dei quali la morte o dell'adottante o dell'adottato, che si fosse verificata prima che la Corte avesse omologato l'atto, impedirebbe la continuazione del procedimento.

Questa spiegazione ci offre poi facili mezzi per risolvere le questioni, a cui avea dato luogo la corrispondente disposizione dell'art. 360 del cod. Francese, non che altri dubbii che possono presentarsi; e ciò stesso ci par che torni a conferma dell'esattezza della spiegazione medesima.

Disputavasi, per esempio, se la *morte dell' adottato* — sebbene la legge parlasse del solo adottante — che fosse avvenuta dopo la presentazione dell'atto di consenso all'autorità giudiziaria, lasciasse parimente luogo a continuare il procedimento e ad ammettere l'adozione. Parecchi autorevolissimi giureconsulti stavano per ritenerlo, osservando che *i principii richiedessero una identica decisione per ambidue i casi;* e che se la legge non avea parlato che *della morte dell'adottante*, era perchè questo caso sarebbe stato il più frequente a verificarsi (1); opinione questa che già vedemmo seguìta da alcuni degli scrittori nostri (2). Il *Demolombe* non l'ammetteva, solo perchè pensava che *i figli dell'adottato non avessero diritto di rappresentarlo nella successione dell'adottante, e perciò* osservava che, morto l'adottato, *non vi sarebbe più chi avesse interesse ad ottenere l'omologazione dell'adozione* (3). Ma se questo illustre giureconsulto avesse

(1) V. Marcadé, art. 360, § II, t. II, n. 120; Aubry et Rau, t. IV, § 559, n. 2.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. 1, n. 533, pag. 367; Buniva, t. I, pag. 118.
(3) V. Demolombe, t. VI, n. 119.

scritto sul codice nostro, che ammette espressamente i *discendenti dei figli adottivi* ad esercitare i diritti che a questi sarebbero spettati sull'eredità degli adottanti (art. 737 codice civile), non avrebbe dunque esitato neppur egli ad aggiungere l'autorevolissima sua alle opinioni degli altri autori Francesi sopra citati.

Nondimeno ci sembra evidente, dopo le spiegazioni date dell'art. 217, § 2°, che debbasi seguire per noi l'opposta massima, insegnata, come già riferimmo, dal *Borsari*. Questa disposizione non è — lo dimostrammo — un'applicazione dei principii generali di diritto, ma forma anzi una *eccezione* ad essi, quantunque giustificata da ottime ragioni. Come eccezione vuol dunque tenersi rigorosamente ristretta ai casi che vi sono espressamente contemplati; e poichè parla esclusivamente di quello della *morte dell'adottante*, sarebbe arbitrario l'estenderla all'altro di *morte dello adottato*, quando pure vi fosse identità di motivi. Ma ciò è poi ben lungi dal verificarsi. Se nel periodo del procedimento per l'omologazione sia morto *il solo adottato*, l'adottante superstite può, se vuole, con un nuovo atto, riportare il benefizio, che intendeva di procurare all'adottato, sui figli ch'egli abbia lasciati. Ma non facendolo egli, non sarebbe ragionevole, a fronte del carattere tutto *personale* dell'atto di adozione, il sanzionarlo in pro dei figli, mentre era fatto soltanto a benefizio del genitore, di cui avvenne la morte; tanto meno ragionevole sarebbe, perchè potrebbe darsi facilmente che l'adottante non avesse, per beneficare in tal modo i figli, le ragioni stesse che aveva pel loro genitore. Si opporrà, forse, che l'adottante dimostra la volontà di estendere il benefizio dell'adozione ai figli dell'adottato morto nell'intervallo, per ciò solo che *non revoca il consenso prestato?* La risposta è ovvia; la non rivocazione del consenso non può avere alcun significato, poichè non vi è bisogno di rivocare quel consenso, che si era dato per l'adozione d'un'altra persona. Nè, d'altra parte, può dirsi veramente qui, come nel caso di *morte dell'adottante*, che

la lentezza del procedimento potesse *avere pregiudicato ai diritti di successione* della persona a cui benefizio volevasi fare l'adozione; giacchè i figli dell'adottando non potevano avere diritti successorii sull'eredità dell'adottante ancora vivente. Supposto poi anche il caso, non facile a verificarsi, che durante il breve periodo del procedimento fossero morti successivamente l'adottante e poi l'adottato, è ben vero che allora ai figli di quest'ultimo avrebbero potuto recar nocumento gl'indugi nella pronunciazione del decreto di omologazione; la quale se fosse avvenuta prima che l'adottato morisse, questi avrebbe avuta, per l'effetto retroattivo della omologazione stessa (art. 217, § 1°), l'eredità dell'adottante, che sarebbe poi passata colla successione dell'adottato ai suoi figli. Ma, ad ogni modo, vi è sempre tra il caso figurato ora e quello di *morte del solo adottante* questa differenza gravissima: che mentre è certo che l'adottante perseverò sino all'ultimo momento di sua vita nella volontà di beneficare l'adottato, che gli rimase superstite, non può dirsi con eguale sicurezza ch'egli avesse voluto estendere quella beneficenza ai figli dell'adottato medesimo, se fosse sopravvissuto a lui. Non vi sarebbe dunque, ripetiamolo, identità di motivi, quand'anche si potesse per tale ragione estendere a casi non contemplati una *disposizione eccezionale*, quale è quella del nostro art. 217, § 2°.

Si è dubitato ancora se la *morte dell'adottante* possa lasciar luogo a continuare il procedimento quand'anche sia *avvenuta prima della presentazione dell'atto di consenso* alla autorità giudiziaria. E quantunque i termini della legge sembrassero risolvere chiaramente la quistione in senso negativo, poichè vi si suppone che l'adottante sia *morto dopo la presentazione dell'atto di consenso* (1), non sono però mancati autori i quali sostennero, che " se anche l'adot-
" tante fosse morto *dopo la formazione dell'atto di consenso*,
" *ma prima ch'esso fosse presentato all'omologazione*, l'ado-

(1) V. Marcadé, l. c., n. 119-120; Laurent, t. IV, n. 213, pag. 299.

" zione sarebbe ancora ammissibile „ (1). Ma in favore della prima opinione stanno, oltre alle parole in cui è formulata la disposizione del nostro art. 217, § 2°, anche il carattere ed i motivi della disposizione stessa. Essa, come eccezionale, non può estendersi oltre i suoi termini, molto meno poi applicarsi al caso precisamente opposto di quello che ha contemplato, poichè suppone che l'*adottante sia morto dopo la presentazione dell'atto di consenso alla Corte.* D'altro lato anche i motivi della disposizione si limitano a questo caso; nel quale solo può dirsi, pel procedimento iniziato dall'adottante stesso o da lui almeno tacitamente acconsentito, ch'egli aveva già compiuto quanto gli spettava per porre in atto l'adozione, che i ritardi derivabili dalle necessità dell'istruzione o dalle lentezze del procedimento non debbano rivolgersi in pregiudizio dell'adottato, privandolo del diritto di successione nell'eredità dell'adottante, di cui nel frattempo sia avvenuta la morte.

Altri dubbi potrebbero per un istante presentarsi alla mente, dei quali però sarebbe anche più facile la risoluzione.

Sarà necessario che la presentazione dell'atto alla Corte e l'istanza per l'omologazione *siano state fatte dall'adottante medesimo*, o solo o in unione coll'adottato? No certamente: la legge non distingue; si contenta che l'*atto di consenso sia stato presentato alla Corte prima della morte dell'adottante;* e ciò è anche conforme ai principii che furono di guida al legislatore, poichè la presentazione fatta da una sola delle parti, che siasi resa più diligente, si intende eseguita anche in nome e per mandato tacito dell'altra.

Qualora la presentazione sia stata fatta *dal solo adottante*, per proseguire il procedimento dopo la morte di lui, sarà necessaria un'apposita istanza dell'adottato? Neppure intorno a ciò distingue la legge, chè, anzi, *ordina in modo assoluto doversi continuare il procedimento;* e d'altronde

(1) V. VALETTE sur PROUDHON, l. c., pag. 270, n. (*a*); AUBRY et RAU, l. c.

intendendosi questo iniziato anche in nome dell'adottato e per mandato tacito di lui, non vi sarebbe ragione per richiederne un'istanza nuova.

Se dopo la presentazione dell'atto alla Corte fosse morto l'adottato lasciando figli, potrebbesi, a benefizio di questi, continuare il procedimento, *quando ne facesse istanza l'adottante medesimo?* Non sembra. La morte dell'adottato tronca assolutamente il procedimento iniziato, e fa considerare come non avvenuto l'atto di consenso, del quale è venuto a mancare l'oggetto. L'adottante può rivolgere la sua beneficenza a pro dei figli dell'adottato defunto, ma con un atto nuovo; non continuando il procedimento incominciato a vantaggio di persone diverse da quella a cui riguardava il precedente suo atto di consenso.

Ammettendo che anche dopo la morte dell'adottante debbasi continuare il procedimento per l'omologazione, antecedentemente incominciato, il legislatore ha dovuto però pensare all'interesse, che hanno gli eredi dell'adottante, d'impedire che si compia quest'atto, pel quale l'adottato acquisterebbe retroattivamente diritti sulla successione già aperta dell'adottante stesso. A proteggere appunto questi interessi è diretta la disposizione del § 3°, art. 217, per la quale " gli eredi dell'adottante potranno presentare " alla Corte, col mezzo del pubblico ministero, memorie " ed osservazioni per dimostrare inammissibile l'adozione ". E come la legge non fa distinzioni, così nessuna potrebbe esserne ammissibile, nè *circa la qualità degli eredi* che si valessero di questa facoltà, nè circa *le cause* dalle quali si pretendesse derivare l'inammissibilità dell'adozione. Qualunque *erede legittimo* dell'adottante, fosse pure in mancanza d'altri lo Stato, ed anche l'erede o gli *eredi testamentari*, qualora avessero interesse legittimo di opporsi alla adozione, perchè le disposizioni fatte a loro profitto dal testatore *eccedessero la porzione disponibile* e divenissero quindi soggette a *riduzione* in caso che l'adozione venisse ammessa, potrebbero dunque prevalersi della facoltà

conceduta da quest'art. 217, § 3°; e ciò *per qualunque causa, per la quale dimostrassero inammissibile l'adozione*, cioè *per inadempimento di qualunque delle condizioni richieste dalla legge*. Possono queste persone presentare *memorie ed osservazioni;* le quali però non hanno alcun *carattere d'atto giudiziario*, nè coloro che le producono debbono considerarsi come *parti intervenienti in una contestazione;* chè il procedimento davanti alla Corte e l'omologazione, ch'essa è invitata a pronunziare, non ha nè può avere indole di *giurisdizione contenziosa*, ma puramente *graziosa* o *volontaria*. Ne segue che, quando le fatte opposizioni non ottenessero effetto e l'omologazione venisse pronunziata, non sarebbe tolto agli stessi opponenti di poter far valere in via giudiziale ordinaria le cause di nullità, di cui pretendessero essere infetto l'atto di adozione, nè potrebbesi applicare il principio *non bis in idem*.

Oltre agli *eredi dell'adottante*, espressamente contemplati nell'art. 217, § 3°, potrebbero giovarsi della facoltà stessa anche altre persone aventi interesse legittimo ad opporsi ad un'adozione inammissibile, e per esempio i *legatari*, quando le disposizioni testamentarie fatte in loro vantaggio dall'adottante potessero andar soggette a riduzione per la legittima che spetterebbe all'adottato? Tale questione si collega con un'altra più generale, sulla quale diremo qualche parola più avanti: se cioè le persone aventi interesse, in generale, possano presentare memorie ed osservazioni, per dimostrare l'inesistenza di qualcuna delle condizioni che sarebbero necessarie per l'adozione. Frattanto però, e limitandoci a quello solo che riguarda l'applicabilità della speciale disposizione dell'art. 217, § 3°, pel caso di *morte avvenuta dell'adottante dopo la presentazione dell'atto di consenso* alla Corte, non dubiteremmo di affermare che questa disposizione dovrebbe per sè tenersi ristretta alle persone che vi sono espressamente indicate; cosicchè i legatari, od altri interessati, non potrebbero, nel caso predetto, presentare memorie ed osservazioni, se ciò non

fosse lecito, in ogni caso e quand'anche l'adottante fosse ancora vivente, a qualunque persona avente interesse.

83. La procedura da seguirsi davanti alla Corte è semplice, spedita, e segreta finchè l'adozione non sia definitivamente ammessa. Ciò si è riputato necessario, non tanto per guarentire maggiormente la più perfetta indipendenza dei magistrati in affare di tanta delicatezza, quanto ancora per risparmiare all'adottante uno sfregio e una cagione di disistima pubblica, se mai l'adozione venisse dalla Corte respinta.

Del ricorso, presentato dalla parte più diligente, è ordinata con decreto del presidente la comunicazione al ministero pubblico. Nel decreto medesimo, scritto in fine del ricorso (art. 50 cod. proc. civ.) è delegato — se si reputi opportuno — uno dei consiglieri a riferire in camera di consiglio, ed è stabilito il giorno per la relazione (art. 779 cod. proc. civ.). Le informazioni necessarie per accertare sì l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge, che la buona fama dell'adottante e la convenienza dell'adozione, si assumono dalla Corte in via puramente officiosa e col mezzo di indagini individuali (art. 215 cod. civ.), senza esami di testimoni nè altra formalità di procedura (art. 216 cod. civ.). — È in camera di consiglio che la Corte sente il ministero pubblico e la relazione del consigliere, che sia stato delegato dal presidente, esamina i documenti, e coi risultati di essi e delle informazioni assunte verifica se siano adempite le condizioni di legge, se l'adottante goda buona fama, se l'adozione convenga all'adottato.

Si è domandato se possano essere presentate alla Corte memorie e osservazioni dei parenti dell'adottante o dello adottato, o d'altri aventi interesse legittimo ad impedire l'adozione, per dimostrare la inammissibilità di essa. E quantunque non sia generalizzata nel testo della legge la disposizione, che fu data nell'art. 217, § 2°, per riguardo *agli eredi dell'adottante morto dopo la presentazione dell'atto*

di consenso alla Corte, sembra però non esservi ostacolo a potere, collo stesso mezzo del pubblico ministero, far pervenire alla Corte memorie ed osservazioni. L'ammetterle e il tenerne quel conto che possano meritare rientra nelle facoltà amplissime, che sono lasciate alla saggezza della Corte, per rapporto alle *informazioni* ch'essa deve assumere. E per ciò appunto sembra anche da ammettere che le memorie presentate dagl'interessati potrebbero riferirsi non tanto alle cause che rendessero legalmente ed assolutamente inammissibile l'adozione, per difetto di qualcuna delle condizioni necessarie, ma eziandio ai fatti ed alle considerazioni che tendessero a dimostrare la *sconvenienza dell'adozione medesima*. Sembra solo da farsi quest'avvertenza: che nel caso contemplato dall'art. 217, § 3°, gli eredi dell'adottante *hanno diritto che le loro memorie siano presentate alla Corte*, ciò che non potrebbe dirsi in altri casi, non avendone la legge fatta parola.

Maturata così la propria deliberazione, la Corte *pronunzia un decreto*, nel quale, *senza esprimere i motivi*, dichiara semplicemente che " *si fa luogo, o non si fa luogo all'adozione* „ (art. 216 cod. civ.).

Il decreto, che rigetti l'adozione, non è mai pronunciato in udienza pubblica. Ciò è di regola pei provvedimenti tutti che l'autorità giudiziaria dia in materia che non sia di giurisdizione contenziosa (art. 50 cod. proc. civ.) e deve tanto più osservarsi qui, poichè altrimenti si andrebbe manifestamente contro lo spirito della legge; la quale volle mantenuto il segreto, allo scopo appunto che il rigetto dell'istanza d'omologazione non avesse a pregiudicare alla riputazione dell'adottante.

Anche pel caso che l'adozione sia ammessa, è stato insegnato non potersi pronunziare il decreto in udienza pubblica, in virtù della regola generale del citato art. 50 del codice di procedura civile (1). Sembra però che a questa

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 216, § 503, pag. 780.

faccia eccezione il disposto dell'art. 218 cod. civ.; dov'è stabilito che il decreto con cui si ammetta l'adozione debba essere *pubblicato ed affisso nei luoghi e nel numero di copie che la Corte stimerà di prescrivere, ed essere inoltre inserito nel giornale degli annunzi giudiziari del distretto e nel giornale ufficiale del regno.* Non si comprenderebbe ragione perchè di fronte ad una estesissima pubblicità, che con tanti mezzi si è voluto dare al decreto di omologazione, non avesse però a farsene la pubblicazione in udienza. E a questo concetto sembra d'altronde manifestamente contrario il testo dell'art. 218, che parla distintamente della *pubblicazione del decreto*, della sua *affissione* in luoghi pubblici e della *inserzione nei giornali.*

84. Il decreto della Corte, sia che conceda o rifiuti la domanda di omologazione, non ha mai i caratteri giuridici d'una sentenza, nè può quindi attribuirglisi l'*autorità di cosa giudicata.* Ciò è infatti perfettamente consentaneo a ragione e conforme ai principii. La cosa giudicata si considera come *l'espressione della verità*, perchè in giudizio vi è un diritto reclamato e contestato, perchè la vertenza è trattata in contraddittorio, dando a ciascuna delle parti i mezzi di poter difendere il proprio interesse, perchè in fine è pur necessario che le liti abbiano un termine allorchè siano esauriti tutti i gradi di giurisdizione, che la legge ha reputato opportuno di concedere. Nel procedimento per l'omologazione dell'atto di adozione, che si chiude colla pronunciazione del decreto della Corte, le cose procedono ben altrimenti. Qui non vi ha nè un diritto reclamato e contestato rispettivamente da persone che si trovino in opposizione d'interessi, nè un attore ed un convenuto, nè quindi un processo in contraddittorio, nè in ultimo, un pronunciato dell'autorità giudiziaria, che, esprima i motivi a cui si appoggi. Le memorie ed osservazioni, che siano presentate dagli eredi dell'adottante nel caso previsto dall'art. 217, § 3°, o che possano anche in casi

differenti essere prodotte da altre persone aventi interesse, secondo ciò che esponemmo nel numero precedente, non possono certamente attribuire al procedimento un carattere *contenzioso;* non valgono che come *semplici informazioni*, di cui la Corte può giovarsi a prudente suo criterio, come di quelle che attinga da altre fonti. Dove si troverebbe dunque una ragione per attribuire al decreto della Corte il carattere e l'autorità di cosa giudicata? Quel decreto non è per sè stesso che un semplice *atto di giurisdizione volontaria.*

Tuttavia in quest'atto esistono due parti, delle quali importa osservare la distinzione, per gravi conseguenze che possono derivarne, come appresso vedremo. In una di esse l'ufficio della Corte si limita soltanto a *verificare se tutte le condizioni della legge sono state adempite* (art. 215, n° 1°, cod. civ,); e da questo lato è troppo manifesto che nulla potrebb'essere rimesso al potere discrezionale della Corte, nè ritenersi facoltativo a lei di rendere efficace un'adozione, alla quale mancassero le condizioni prescritte dalla legge per la sua esistenza giuridica o la sua validità.

Ma v'è pure un'altra parte, nella quale il pronunciato della Corte si fonda sopra elementi abbandonati totalmente all'apprezzamento suo; ed è per quanto riguarda la *buona fama dell'adottante e la convenienza dell'adozione* (art. 215, n^{i} 2 e 3, cod. civ.). Rispetto a ciò il potere della Corte è assoluto e libero; ed è sulla convinzione che si forma intorno a questi due punti, ch'essa fonda l'atto solenne, col quale, pronunciando l'omologazione, dà vita giuridica definitivamente all'adozione. Ond'è che mentre sotto il primo aspetto, dell'accertamento delle condizioni volute dalla legge, potrebbe ancora concepirsi nel decreto della Corte un carattere semplicemente *dichiarativo*, sotto quest'altro invece esso non può riguardarsi se non come *costitutivo di quella modificazione di stato personale* che l'adozione è destinata a produrre; in quanto rende perfetto con quella proclamazione solenne, l'atto dell'adozione stessa.

È vero che le notate due parti vengono in certo senso a confondersi, in quanto che *non potendosi nel decreto esprimerne i motivi* (art. 216 cod. civ.), s'ignora se esso sia determinato dall'una piuttostochè dall'altra delle cause contemplate nell'art. 215. Ma ciò non influisce veramente se non pel caso in cui la corte *rifiuti l'omologazione.* Allora non potendo risultare se il rifiuto dipenda dall'essersi ritenuto che qualcuna delle condizioni di legge non sia stata adempita, o piuttosto che l'adottante non goda buona fama, o che l'adozione non convenga all'adottato, non potrebbe esservi mezzo con cui supplire alla mancanza di quell'atto solenne di omologazione, da cui si attendeva il perfezionamento dell'adozione; nè certamente si potrebbe pretendere in via contenziosa d'essere ammesso a provare che tutte le condizioni legali fossero state adempite; molto meno poi a provare la buona fama dell'adottante e la convenienza dell'adozione, sui quali punti l'apprezzamento della corte è assolutamente libero, definitivo e incensurabile. Ma quando al contrario l'adozione sia stata omologata, è certo che la corte ha ritenuto come dimostrato tanto lo adempimento di tutte le condizioni volute dalla legge quanto la buona fama dell'adottante e la convenienza dell'adozione. E tuttavia, se sotto questi due ultimi rapporti l'apprezzamento della Corte sarebbe, per le stesse ragioni sovraccennate, immune da ogni censura, non potrebbe dirsi altrettanto del primo; non essendo ammissibile che l'errore commesso dalla Corte, omologando l'adozione come pienamente conforme alla legge, valesse a darle efficacia in onta alle disposizioni della legge medesima, mancando in realtà qualcuna delle condizioni da essa prescritte.

85. Ciò che ora dicemmo ci guida naturalmente allo esame d'un altro quesito importante: se cioè, e in caso con quali mezzi, si possa riparare agli errori in cui fosse incorsa la Corte nel pronunciare il suo decreto. Notammo già la necessità di distinguere tra il caso in cui l'istanza

d'omologazione sia stata ammessa e quello in cui sia stata respinta.

Per quest'ultima ipotesi, risulta abbastanza da quanto è stato dimostrato nel numero precedente, non potervi essere nessun mezzo d'impugnare il decreto *quanto al merito* di esso. Non essendone espressi i motivi, a nulla varrebbe il poter allegare e provare che tutte le condizioni volute dalla legge fossero state adempite, mentre l'omologazione potrebbe essere stata negata perchè l'adozione fosse stata ritenuta *sconveniente*, nel che sarebbesi usato del potere discrezionale assoluto e incensurabile, che per questo oggetto è attribuito alla Corte. Si è dubitato però se sia ammissibile il *ricorso in cassazione per inosservanza delle forme* necessarie a pena di nullità; come quando si fosse pronunciato in pubblica udienza *non farsi luogo all'adozione*. E non mancarono autorità in favore (1), sebbene altre ve ne siano in senso contrario (2). Questa diversità di opinioni era facilmente spiegabile sotto il codice Francese, che dava la qualificazione di *sentenze* alle decisioni che sull'atto di adozione dovevano essere pronunciate, prima dal tribunale e poi dalla corte d'appello. Allora potevasi concepire che tali decisioni dovessero contenere tutte le forme richieste per la validità delle sentenze in materia civile, e, in difetto, potesse ricorrersi in cassazione per farle annullare. Nella legislazione nostra è scomparsa perfino l'apparenza che il pronunciato della Corte intorno alla domanda di omologazione dell'adozione possa considerarsi sotto nessun aspetto come una sentenza, ed abbia comuni con essa i modi coi quali possa essere impugnato. È un *decreto* — sotto questo nome l'accenna sempre la legge — è un semplice *atto di giurisdizione volontaria*, contro il quale non è nè può essere aperto il ricorso in cassazione (3). — Sarà dunque assolu-

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 101; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 557, n. 10.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 102, n. 8; Laurent, t. IV, n. 221.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 216, § 504, pag. 790 e seguenti.

tamente irreparabile il rigetto dell'adozione, una volta che esso sia stato pronunciato dalla Corte? No certamente. Appunto perchè questo decreto non ha i caratteri giuridici d'una sentenza, nè gli si può attribuire l'*autorità di cosa giudicata*, non gli è neppure applicabile il principio *non bis in idem;* epperò sarà lecito alle parti il ripresentare alla stessa Corte la domanda dapprima respinta, la quale potrebbe ancora essere ammessa, quando per esempio fosse cessata la causa temporanea che la prima volta vi faceva ostacolo, o si riuscisse con nuovi documenti a risolvere i dubbi, che precedentemente fossero rimasti, circa l'adempimento d'alcuna delle condizioni di legge (1).

Veniamo all'altro caso, che l'adozione fosse stata ammessa.

Quali sarebbero i mezzi, che potrebbero essere aperti in favore degl'interessati, per impugnare il decreto di omologazione, o fosse poi che lo pretendessero *nullo per difetto di forma, o contrario alla legge per mancanza di qualcuna delle condizioni necessarie all'adozione?*

Non può neppur pensarsi ad un'appellazione, trattandosi di un atto della corte d'appello, a cui fu deferito pel fine appunto di evitare un doppio grado di giurisdizione. Ma nemmeno sarebbe possibile proporre alla stessa Corte la rivocazione del suo decreto, per falsità — ad esempio — dei documenti che le fossero stati presentati, o per errore di fatto risultante dagli atti stessi prodotti nel procedimento, nè ricorrere in cassazione; perchè queste vie sono aperte soltanto *a favore di coloro che furono parti in una causa*, e contro vere sentenze proferite in materia contenziosa e suscettibili d'acquistare l'autorità di cosa giudicata. Potrebbero forse i terzi valersi della facoltà della opposizione, allegando il pregiudizio che soffrissero nei loro diritti? Ma anche questo mezzo d'impugnazione non è conceduto se

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 122; Aubry et Rau, t. IV, § 558, n. 18; Laurent, t. IV, n. 220; Borsari, l. c.

non *contro le sentenze*, a coloro che avrebbero dovuto o potuto esser chiamati in giudizio: mentre i caratteri giuridici delle sentenze non sono punto comuni — come sappiamo — al decreto omologante un'adozione, il quale non è altro che un semplice *atto di giurisdizione volontaria;* come il procedimento che lo precede non ha nulla che somigli a quello della giurisdizione contenziosa, nè le persone, che pur vi avessero interesse, dovrebbero nè potrebbero essere chiamate a prendervi parte come contraddittori, salvo solo il poter esse presentare memorie od osservazioni, delle quali la Corte terrebbe quel conto che nella sua prudenza stimasse essere del caso. Così pertanto quel decreto non è suscettibile d'essere impugnato, per sè e direttamente, con nessun mezzo nè ordinario nè straordinario. Diremo perciò che la legge possa in questa materia essere impunemente violata, sia quanto alle prescrizioni di forma, sia quanto alle condizioni intrinseche da essa stabilite come necessarie pér l'adozione? Ciò sarebbe assurdo; ma voglionsi considerare le cose sotto un altro aspetto, che suggerisce il modo di evitarlo.

Il decreto d'omologazione è l'atto solenne e complementare, col quale si rende giuridicamente perfetta l'adozione; perfetta però, se sia conforme alla legge, dalle cui disposizioni soltanto essa trae vita. Se dunque il decreto sia nullo per vizi di forma estrinseca, o se manchi in realtà qualcuna delle condizioni che alla Corte apparvero esistenti, coloro che vi abbiano un interessee legittimo potranno *impugnare l'adozione*, siccome difettosa in alcuno degli elementi indispensabili per darle validità giuridica. Ma appunto perchè il loro scopo non è di attaccare il decreto direttamente, come se fosse una sentenza, ed essi fossero stati parti in causa ed avessero subìto una lesione dei proprii diritti, ma di evitare gli effetti a loro pregiudizievoli dell'adozione dimostrandone l'inefficacia, sia per nullità di forma del decreto che l'ha omologata, sia per qualunque altra causa, non avranno dunque a procedere

contro il decreto con mezzi simili a quelli coi quali si possono impugnare le sentenze, ma *promuovendo l'azione di nullità contro l'adozione, in via d'istanza principale e seguendo i gradi comuni di giurisdizione.*

Il *Merlin* aveva additata una via diversa. Gli atti di giurisdizione volontaria potendo sempre essere rivocati dalla stessa autorità che li emise, qualora ne sia fatta constare l'illegalità, proponeva aversi a ricorrere direttamente alla stessa Corte che avesse pronunciata l'omologazione, affinchè ritrattasse la propria decisione (1). Ma questa dottrina non fu seguìta, appunto per le considerazioni sopra cennate; che il pronunciato della Corte non è esclusivamente un atto comune di giurisdizione volontaria, sebbene proceda da questa giurisdizione l'intervento dell'autorità giudiziaria, ma costituisce, inoltre, il complemento solenne dell'atto di adozione; e che colui il quale impugna non prende di mira semplicemente quell'atto di giurisdizione volontaria, come tale, ma l'*adozione*, di cui esso non è che una parte complementare (2).

86. Finchè in pendenza del procedimento rimanesse dubbia l'ammissione dell'adozione, o quando anche il decreto della Corte l'avesse respinta, gravi e delicate considerazioni di riguardo all'onore dell'adottante richiedevano, come osservammo, il più scrupoloso segreto, che fu infatti rigorosamente prescritto dalla legge. Ma questi motivi cessano dal momento in cui sia *pronunciata l'omologazione;* e sorgono anzi allora ragioni contrarie, che fanno desiderare la più estesa pubblicità intorno ad un atto che riguarda lo stato delle persone. Questa pubblicità sarebbe veramente già assicurata col considerarsi come necessario per la completa efficacia dell'adozione il doverla *annotare sui registri dello stato civile.* E diciamo esser ciò voluto per la *piena*

(1) V. Merlin, *Quest. de droit*, v^e^ *Adoption*, § II, n. 3.

(2) V. Demolombe, t. VI, n. 193; Laurent, t. IV, n. 236, pag. 324; Borsari, *Comm.*, art. 216, § 504, pag. 791.

efficacia dell'atto; perchè quantunque reputiamo per le ragioni altre volte esposte (1) ch'esso divenga giuridicamente perfetto, per ciò che è di sua essenza, colla omologazione che la Corte ne pronunci, sappiamo però dalla disposizione dell'art. 219, § 3°, intorno al quale daremo più oltre qualche più estesa dimostrazione, che fino a quando non sia annotata sui registri di stato civile, dopo trascorso il termine fissato dal detto articolo, l'adozione produce bensì tutti gli effetti suoi tra le parti, ma non *quanto ai terzi*. Ad ogni modo però la legge, sollecita dell'interesse delle terze persone e volendo assicurare ad esse i migliori mezzi onde potessero aver notizia dell'avvenuta adozione e prepararsi ad impugnarla qualora reputassero di averne ragioni sufficienti, ha disposto nell'art. 218 quanto segue:

" Il decreto della Corte d'appello, che ammette l'ado-
" zione, sarà pubblicato ed affisso in quei luoghi ed in
" quel numero di copie che la Corte stimerà di prescrivere,
" e sarà inoltre inserito nel giornale degli annunzi giudi-
" ziari del distretto e nel giornale ufficiale del regno ".

Il testo è qui abbastanza chiaro perchè non occorrano altre dilucidazioni. Osserveremo soltanto non essere fissato alcun termine, che debba trascorrere tra le pubblicazioni ordinate nel riferito articolo e l'annotazione nei registri dello stato civile, che deve eseguirsi a termini del successivo art. 219. Ciò che importava era di dare all'adozione omologata la più estesa pubblicità, affinchè gl'interessati potessero averne notizia. Che poi i diversi mezzi tendenti a questo scopo fossero attuati immediatamente l'uno dopo l'altro, o trascorresse tra essi un certo intervallo di tempo, poco influiva pei fini della legge. Soltanto, per assicurare l'esecuzione delle pubblicazioni ordinate nell'art. 218, si volle ch'esse precedessero l'annotazione dell'atto nei registri dello stato civile, e ne fossero prodotti i certificati al momento di richiederla (art. 219, § 2°, cod. civ.).

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 22-28.

87. III. Avemmo occasione di rilevare altre volte i motivi, pei quali, non ostante che l'adozione divenga giuridicamente perfetta dal momento in cui ne sia pronunziata l'omologazione dalla Corte d'appello, si è reputato necessario che l'esistenza di quest'atto consti dai registri dello stato civile. Ciò era conforme, dicemmo, all'indole giuridica dell'atto, che apporta una modificazione di stato personale, ed è quindi ragionevole che risulti da quei libri pubblici, i quali sono appunto destinati a somministrare le prove dello stato civile delle persone (1). Era eziandio un mezzo efficace di quella pubblicità, che si stimò conveniente di dare colla maggiore estensione possibile all'atto di adozione legalmente compiuto, affinchè i nuovi rapporti che da esso prendono vita divenissero noti a coloro i quali potessero avere interesse ad impugnarli (2). E se questo mezzo può essere considerato come inferiore in efficacia, rispetto agli altri dell'affissione in luoghi pubblici e della inserzione nei giornali, quanto al grado di probabilità che sia così fatta pervenire agli interessati la notizia dell'avvenuta adozione, bisogna però riconoscerne la superiorità in altro rapporto importantissimo; che è la stabilità del mezzo di prova, essendo questo affidato a registri tenuti da pubblici ufficiali ed aperti costantemente a chiunque voglia consultarli.

Con tali intendimenti furono dettate le prime due parti dell'art. 219, in cui si legge:

" Nei due mesi successivi al decreto della Corte l'atto di " adozione sarà annotato in margine dell'atto di nascita " dell'adottato nei registri dello stato civile.

" L'annotazione non avrà luogo che sulla presentazione " di copia autentica dell'atto di adozione e del decreto " della Corte d'appello, coi certificati delle seguite pubbli- " cazioni ed inserzioni ".

---

(1) V. sopra, n. 5, pag. 18.
(2) V. numero precedente.

88. Secondo la disposizione sopraddetta, l'ufficiale di stato civile competente è quello *del luogo di nascita dello adottato* (confr. art. 350 codice civile). Il codice Francese invece (art. 359) voleva che l'adozione si iscrivesse sul registro di stato civile *del luogo in cui l'adottante fosse domiciliato.*

La disposizione del codice nostro è più razionale, considerata in teoria; poichè trattasi d'una formalità destinata a far constare pubblicamente ed ufficialmente di una modificazione avvenuta nello stato personale, ed è principalmente per l'adottato che questa modificazione di stato avviene. Ma il non farsi constare in nessun modo dell'adozione dai registri di stato civile del luogo ove sia domiciliato l'adottante può produrre, in pratica, qualche inconveniente; giacchè i terzi aventi interesse a conoscere se un tale abbia o no figli adottivi — e sarà questo anche il motivo più frequente d'indagini sull'esistenza dell'adozione — non potranno avere la desiderata notizia dai registri del luogo di domicilio dell'adottante, ed ignorando chi possa essere l'adottato, non sapranno dove ricorrere per ottenerla. Forse sarebbesi potuto provvedere a tutto, ordinando che l'atto di adozione dovesse *trascriversi nei registri di stato civile del luogo ove avesse domicilio l'adottante*, e dovesse poi *farsene annotazione in margine dell'atto di nascita dell'adottato.*

89. Il citato art. 359 del codice Francese stabiliva che l'adozione non potesse essere iscritta sui registri dello stato civile, se non *a richiesta dell'una o dell'altra delle parti.* E ciò era conseguente alla massima, per la quale quel codice dichiarava *restare senza effetto l'adozione che non fosse stata iscritta nel prefisso termine;* essendo naturale che dalla sola volontà delle parti dovesse dipendere il dare o non dare efficacia giuridica all'adozione convenuta tra esse, e non dalla volontà d'altre persone, per quanto interesse potessero avervi.

Nel codice nostro, non essendovi intorno a ciò espressa disposizione, sembra non potersi che applicare la massima generale sancita dall'art. 27 del R. Decreto 15 novembre 1865, che " la trascrizione degli atti sopra i registri dello " stato civile possa essere *chiesta da un privato che vi abbia* " *interesse o dall'autorità governativa per mezzo del procura-* " *tore del Re* ".

Non solo dunque l'adottante e l'adottato, o quello di essi che si rendesse più diligente, ma qualunque persona che potesse avervi interesse, per es. un figlio dell'adottato, potrebbe richiedere l'ufficiale di stato civile di far constare ne' modi legali sui registri da lui tenuti dell'adozione regolarmente omologata. L'uffiziale predetto avrebbe obbligo, in ogni caso, secondo il prescritto dal citato art. 27, *di far constare da chi gli fosse provenuta la richiesta.*

90. Dovendo precedere all'annotazione dell'atto di adozione nei registri dello stato civile l'affissione di esso nei luoghi destinati dalla Corte e l'inserzione nei giornali, e l'esecuzione di queste formalità dovendo risultare da certificati che debbono essere presentati all'uffiziale dello stato civile, era necessario accordare un congruo termine, che fu stabilito in *due* mesi *successivi al decreto della Corte* (art. 219 cod. civ.). È dunque dal giorno della pronunciazione del decreto, quello non compreso, che devono computarsi i due mesi, i quali si calcolano secondo il calendario, e non di *trenta giorni*, come per le prescrizioni legali (art. 2133 cod. civ.); non trattandosi qui veramente di una prescrizione, ma di un semplice *termine*, che quindi si computa nel modo ordinario, non essendo data dalla legge una diversa disposizione. Il giorno in cui si compiono i due mesi devesi comprendere nel termine, secondo la regola comune. Quel termine poi *non è perentorio;* poichè la legge non solamente non lo dichiara tale, ma manifesta anzi apertamente il contrario quando dispone, nell'ultimo paragrafo dell'art. 219, che l'*annotazione tardiva* dell'adozione

nei registri dello stato civile varrà a renderla *efficace anche rispetto ai terzi;* salvo che gli effetti non ne decorreranno per loro *se non dal giorno in cui l'annotazione sarà eseguita.*

91. Il codice Francese, prescrivendo nell'art. 259 che l'*adozione dovesse esser iscritta* nei registri dello stato civile, lasciava luogo ad alcuni dubbi circa il modo in cui si avesse a procedere. Era l'*atto di consenso* all'adozione o piuttosto l'*arresto della Corte* recante l'omologazione, che dovevasi iscrivere nei registri? In qual modo dovevasi fare la iscrizione? Dovevasi considerarla come un vero atto di stato civile, da riceversi nelle forme ordinarie, in presenza di testimoni e colla sottoscrizione della parte richiedente? Tutto ciò sarebbesi dovuto considerare come necessario sotto pena di nullità?

Il codice nostro lascia, anche intorno a ciò, poco appiglio a questioni. Guardando alla sola prima parte dell'art. 219 parrebbe veramente che non si trattasse se non di una semplice *annotazione dell'atto di* adozione, *in margine a quello di* nascita dell'adottato; annotazione le cui forme sarebbero poi determinate dagli art. 134 al 141 del Regio Decreto 15 novembre 1865 relativo all'ordinamento dello stato civile. Dall'ultima di queste disposizioni risulta però non procedersi mai ad *annotazioni in margine d'atti dello stato civile*, se non in base ad atti che siano stati precedentemente o vengano allora *trascritti nei registri dello stato civile* stesso. E a questa massima è conforme anche la disposizione dello stesso art. 219, § 2°, così espressa:

" L'annotazione non avrà luogo che sulla presentazione
" di copia autentica dell'atto di adozione e del decreto della
" Corte d'appello, coi certificati delle seguite pubblicazioni
" ed inserzioni ".

Con tali documenti dovrà dunque eseguirsi prima la trascrizione dell'atto di adozione nei registri del comune in cui è avvenuta la nascita dell'adottato, e poscia l'annota-

zione in margine dell'atto di nascita di lui. Ciò infatti è confermato dagli art. 53, n° 7°, e 54 del citato R. Decreto 15 novembre 1865; il primo dei quali indica *i decreti di adozione* fra gli atti che *si trascrivono nei registri di nascita;* e il secondo accenna che in margine agli atti di *nascita si fa annotazione dei decreti di adozione*. Nè poi dee far meraviglia che nel codice si parli dell'*atto di adozione*, e nel decreto invece del *decreto di adozione;* quasi potesse nascerne anche presso noi il dubbio, che già erasi sollevato sotto il codice Francese, se fosse dell'*atto di consenso* delle parti o piuttosto del *decreto di omologazione della Corte* che dovesse operarsi la trascrizione. Imperciocchè pel disposto testuale dell'ultimo paragrafo dell'art. 53 di detto decreto, non si tratta qui di uno di quegli atti che debbono essere *trascritti esattamente e per intero sopra i registri;* ma se ne eseguisce quella specie di trascrizione che consiste nella *semplice inserzione dell'atto nel volume degli allegati*, facendo constare di tale inserzione *mediante un processo verbale steso sopra ambidue i registri originali* (art. 26 del R. Decreto 15 novembre 1865). È quindi ovvio che tutti gli atti indicati nel § 2° dell'art. 219 debbano essere *inseriti nel volume degli allegati*, facendone constare con processo verbale; il che toglie ogni occasione di disputare se sia l'*atto di consenso all'adozione*, piuttosto che il *decreto della Corte d'appello*, che debba essere trascritto.

CAPO III.

Delle conseguenze derivanti dall'inadempimento delle condizioni intrinseche ed estrinseche dell'adozione.

Sommario. — 92. Applicabilità della distinzione tra l'*inesistenza giuridica* e la *semplice nullità* degli atti, all'adozione. — 93. (I) In quali casi l'adozione debbasi considerare come *inesistente giuridicamente*. — 94. Specialità relative alla mancanza di trascrizione ed annotazione nei registri di stato civile, dell'atto di adozione. — 95. Quali persone debbano ritenersi comprese sotto la denominazione di *terzi*, nella disposizione dell'art. 219, § 3°. — 96. In quali casi *terze persone, assolutamente estranee* agli effetti giuridici dell'atto di adozione, possano approfittare del benefizio di quella disposizione. — 97. Se possano giovarsene gli *eredi dell'adottante?* — 98. Se lo possano gli *aventi-causa* di lui? — 99. (II) Principii fondamentali intorno alle *cause di nullità* dell'adozione. Partizione della materia. — 100. (*a*) Principio generale circa le *condizioni intrinseche*, la cui mancanza possa produrre nullità della adozione. — 101. (I) Della mancanza delle condizioni ricordate nel n° 1° dell'art. 215. — 102. (II) Della mancanza delle condizioni di cui nei n¹ 2 e 3 dell'art. 215. — 103. (III) Della nullità derivante dai vizi del consenso prestato dall'adozione. — 104. Del caso in cui una delle parti, all'atto della prestazione del consenso, si trovasse in istato d'interdizione. — 105. (*b*) Principii generali circa le forme dell'atto di adozione, che possano ritenersi necessarie per la validità di esso. — 106. Del caso d'incompetenza della Corte davanti alla quale siasi compiuto il procedimento. — 107. Del caso in cui l'atto di adozione sia stato presentato alla Corte per l'omologazione, dopo i *dieci giorni*. — 108. Del caso che il pubblico ministero non sia stato sentito. — 109. Del caso che il decreto fosse motivato. — 110. Della omissione delle pubblicazioni ordinate dall'art. 218. — 111. Della incompetenza dell'ufficio di stato civile nei cui registri sia eseguita l'annotazione dell'atto di adozione. — 112. (*c*) Principii generali concernenti la distinzione tra la nullità assoluta e la relativa, applicabili all'adozione. — 113. È relativa la nullità derivante da *vizii del consenso* prestato all'atto di adozione o da interdizione giudiziale dell'adottante o dell'adottato. — 114. Se sia assoluta o relativa la nullità derivante da mancanza del consenso di coloro che sono indicati negli art. 208 e 209. — 115. Quali siano le cause di *nullità assoluta*. — 116. Quali persone possano proporre tali nullità. — 117. (*d*) In quali modi possa essere proposta la nullità. — 118. (*e*) Se e per quale decorso di tempo sia prescrittibile l'azione di nullità.

92. Discorrendo delle teorie generali sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza delle leggi, accennammo

alla distinzione tra la semplice *nullità* e l'assoluta *inesistenza giuridica* degli atti (1); della quale avemmo poi a fare diverse applicazioni, e specialmente in materia di matrimonio (2), di riconoscimento di filiazione naturale e di legittimazione (3). E poichè questa distinzione — la quale fu contrastata da principio, ma finì oramai coll'acquistarsi l'adesione unanime, o quasi, della dottrina, e va sempre più penetrando nella giurisprudenza — risulterebbe, a quanto ci parve, dai principii che regolano tutti generalmente i fatti giuridici, non dubiteremmo doversi applicarla anche in questa materia dell'adozione. Possiamo avvalorare tale opinione adducendo cospicue autorità (4). Uno però degli scrittori, a cui dobbiamo le più profonde illustrazioni del codice nostro, ha manifestate a questo proposito idee in parte diverse. Ammette egli potersi dire inesistente l'adozione, " quando non vi sia stato del tutto " congresso delle parti e consentimento prestato *coram* " *judice*, o quando manchi e il processo e la pronuncia " della omologazione „; ma allora, soggiunge, " non si tro- " verà alcuno che in tale stato di cose voglia sostenere la " esistenza dell'adozione, niun giudice gli darebbe ascolto, " tutti hanno diritto di disprezzare l'asserto immaginario „. Che se invece " l'atto di adozione, essendo stato approvato " e reso efficace dal decreto della Corte d'appello, *avesse* " *una esistenza giuridica almeno apparente* „, non potrebbesi più, secondo il lodato autore, parlare d'*inesistenza giuridica dell'atto medesimo;* solo potrebbero verificarsi cause di *nullità* di esso, e in tal caso sarebbero da applicarsi le norme concernenti appunto le nullità degli atti in generale (5).

---

(1) V. vol. I, n. 187, pag. 309 e seg.

(2) V. vol. II, n. 28, pag. 69.

(3) V. vol. III, n. 109, pag. 672; n. 201, pag. 1162 e seguenti.

(4) V. Demolombe, t. VI, n. 183; Aubry et Rau, t. IV, § 558, n. 1; Laurent, t. IV, n. 224; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 536; Buniva, vol. II, pag. 119.

(5) V. Borsari, *Comm.*, art. 217, § 508, pag. 797.

Ma non sembra che si possa confondere la semplice *apparenza del titolo* colla *esistenza giuridica dell'atto*, ritenendo che ogni qualvolta si verifichi quell'apparenza, l'atto non possa mai essere che semplicemente *annullabile*. Supponiamo che davanti al presidente della Corte sia stato prestato il consenso dell'adottante e dell'adottato, e l'atto sia stato anche omologato; ma si possa provare che al tempo di quell'atto una delle parti non fosse in istato da poter consentire, per vizio di mente. Qui *mancherebbe assolutamente il consenso*, base essenziale dell'adozione, per la *incapacità di fatto* d'uno dei contraenti; poichè, moralmente e giuridicamente parlando, *non consente chi non è capace d'un atto di volontà*. Pure vi è un *atto apparente di adozione;* e per farne dichiarare l'inefficacia giuridica, per la causa ora supposta, bisognerebbe certamente ricorrere all'autorità giudiziaria, nè sarebbero lievi le difficoltà della decisione ch'essa dovrebbe pronunciare. Diremmo per questo che si trattasse d'una semplice *azione di nullità*, come se il contraente fosse stato di mente sana all'atto del consenso, ma si trovasse ancora in istato d'interdizione giudiziale non per anco rivocata? Non è da dubitarsi che anche per far constare legalmente della *inesistenza giuridica* d'un atto può essere necessario invocarne della *dichiarazione giudiziale*. Ciò avviene necessariamente qualunque volta quella inesistenza giuridica formi oggetto di contestazione, e più specialmente può verificarsi qualora l'atto abbia una *esistenza apparente*. Ma chi intenti quest'azione non dovrà nè potrà domandare che l'*atto venga annullato*. Come sarebbe possibile *annullare ciò che non ha in diritto veruna esistenza?* Domanderà semplicemente che si dichiari non esservi mai stato il preteso atto di adozione, a termini dell'art. 208, § 1°. Nè ad una tale azione potrebbero certamente essere applicabili le norme comuni che regolano le *azioni di nullità*. Se così fosse, fondandosi l'azione in questo caso sulla *incapacità personale* d'una delle parti contraenti, la nullità dovrebb'essere *relativa soltanto* all'incapace stesso. Or chi

vorrebbe sostener ciò? E come sarebbe possibile che ad una qualunque persona avente un interesse contrario, fossero opponibili gli effetti giuridici d'un'adozione, che non poteva farsi se non col consenso dell'adottante e dell'adottato, quando *non vi fosse stato consenso*, come sarebbe appunto il caso in cui uno dei consenzienti si fosse trovato in istato di alienazione mentale? Ancora: applicando i principii generali concernenti la nullità dipendente da incapacità personale delle parti contraenti, bisognerebbe ritenere quella nullità come *sanabile per conferma* o *ratifica data dalla persona ritornata in istato di capacità*. Ma come sarebbe ciò ammissibile nel caso nostro? Le parti potranno bensì, *con un nuovo atto di consenso*, seguìto dall'adempimento di tutte le altre formalità richieste dalla legge, dar vita a quell'adozione di cui prima vi era soltanto l'apparenza; ma non possono *confermare* ciò che fino allora non ha esistito, non possono fare che abbia avuto vita giuridica anteriore quell'atto di cui mancavano gli elementi essenziali e costitutivi.

Da ultimo, se si trattasse d'una semplice *azione di nullità*, essa secondo le regole comuni dovrebb'essere *estinguibile per prescrizione*. Ma sarebbe assurdo che il decorso del tempo potesse creare dal nulla un atto di cui non è mai esistita la base più essenziale, il consenso cioè delle parti, tra cui quell'atto dovrebb'essere costituito.

Teniam dunque ferma la distinzione tra *inesistenza giuridica* e *semplice nullità* degli atti, e facciamone applicazione anche a questo dell'adozione; nè indugiamoci a scambiarla colla distinzione tra i casi in cui siavi o no un *atto apparente di adozione*. Potrà essere necessario, per chi pretenda provare che l'adozione non sia mai esistita giuridicamente per mancanza d'alcuno de' suoi elementi essenziali, di esercitare un'azione in giudizio; ma quest'azione non sarà di semplice *nullità*, nè le saranno applicabili le regole ordinarie di essa.

93. I. Secondo le massime generali già ricordate, l'inesistenza giuridica di un atto può dipendere o da mancanza delle condizioni essenziali per dargli vita in fatto, a norma dei principii fondamentali del diritto filosofico, o da inadempimento delle solennità indispensabili per dargli vita in diritto, giusta lo spirito della legge positiva.

Sotto il primo aspetto, è certamente essenziale per la esistenza di fatto dell'adozione che sia intervenuto il consenso dell'adottante e dell'adottato (art. 208, § 1°, cod. civ.). Se dunque tale consenso non fosse stato punto prestato, o se prestato materialmente dovesse riguardarsi giuridicamente come non avvenuto per la incapacità naturale in cui, a cagione di vizio di mente, si fosse trovato uno dei contraenti, *non vi sarebbe adozione*. Quest'ultimo caso non potrebbe però confondersi con quello, in cui il contraente trovandosi in istato di mente sana al momento in cui consentiva, fosse però *civilmente incapace* per interdizione giudiziale, da cui non fosse ancora prosciolto. L'adozione allora sarebbe *annullabile* (1); ma finchè l'annullazione non fosse pronunziata dall'autorità giudiziaria, avrebbe esistenza giuridica.

Sotto il secondo aspetto poi, essendo l'adozione un *atto solenne*, non vi ha dubbio che quelle, tra le forme estrinseche prescritte dalla legge, le quali riguardino la manifestazione del consenso costituente la base dell'adozione, debbano ritenersi come condizioni indispensabili dell'esistenza di essa. Così sarà inesistente giuridicamente l'adozione se il consenso non sia stato prestato *personalmente* dall'adottante e dall'adottato *davanti al presidente della Corte* (2).

Parimente l'omologazione, che la Corte è chiamata a pronunciare, è una solennità che la legge ha reputata necessaria, non solo per l'accertamento delle condizioni tutte

---

(1) V. sopra, n. 64, pag. 122 e seg.
(2) V. sopra, n. 72, pag. 146.

specialmente richieste, ma eziandio per assicurarsi colle opportune indagini della *convenienza dell'adozione*, verificata la quale e proclamando che *si fa luogo all'adozione*, la Corte coll'autorità demandatale dalla legge rende giuridicamente perfetto quest'atto, che prima non lo è nemmeno come contratto, potendo fino a quel momento ciascuna delle parti rivocare liberamente, anche malgrado l'altra, il proprio consenso (1).

Non può dunque porsi in dubbio che anche questa formalità sia tra quelle che hanno a considerarsi come *essenziali*, dalla cui mancanza deriverebbe quindi la *inesistenza giuridica dell'atto*.

94. I giureconsulti francesi consideravano come una delle condizioni indispensabili per l'esistenza giuridica della adozione anche la iscrizione di essa nei registri dello stato civile. Ciò era infatti conforme al testo dell'art. 359 di quel codice, in cui dichiaravasi *restare senza effetto l'adozione, qualora non fosse iscritta entro il prefisso termine* dei 3 mesi successivi all'omologazione.

Quanto al codice nostro, avemmo altra volta occasione di osservare non essersi considerata come *forma di essenza dell'adozione* l'esserne fatta annotazione nei registri dello stato civile; e ciò risultare esplicitamente dal testo dell'ultimo paragrafo dell'articolo 219, intorno al quale però ci riserbammo di fare qui qualche particolare studio (2).

Quella disposizione è espressa come segue:

" Non venendo annotata nel suddetto termine — dei
" due mesi successivi al decreto della Corte — l'adozione
" *non avrà effetto quanto ai terzi, se non dal giorno in cui*
" *l'annotazione sarà eseguita* „.

Sappiamo che l'annotazione in margine dell'atto di nascita dell'adottato fu considerata come complemento

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 25 e seg.; n. 84, pag. 173 e seg.
(2) V. sopra, n. 6, pag. 23-24.

utilissimo di quella pubblicità, che all'adozione si reputò opportuno di dare colla massima estensione possibile, nell'interesse di coloro a cui i nuovi rapporti sôrti da quell'atto potessero in qualche modo pregiudicare coi loro effetti; affinchè, avendone notizia, potessero impugnarlo qualora lo credessero inefficace secondo la legge. Oltre di che fu anche riguardato questo mezzo di pubblicità come conforme all'indole speciale dell'atto di adozione, il quale modificando sotto qualche rapporto lo stato personale, è giusto che debba apparire da quei libri pubblici nei quali sono riunite tutte le prove dei fatti giuridici che appunto riguardano lo stato delle persone (1). Ambidue questi motivi suppongono la preesistenza d'un'adozione già perfetta giuridicamente, poichè solo allora possono derivarne quegli effetti per la cui opponibilità ai terzi era giusto il dare all'atto la voluta pubblicità, e solo allora vi ha quella modificazione di stato personale di cui deve risultare la prova dai registri dello stato civile. Era dunque naturale che l'annotazione su tali registri non fosse considerata, come non fu dalla nostra legge, quale forma essenziale e costitutiva dell'atto di adozione, poichè quest'atto dovevasi supporre perfetto anteriormente. D'altra parte però l'adempimento di questa formalità, ordinata dalla legge per ragioni tanto importanti, doveva pure essere assicurato con qualche efficace sanzione. Ma poichè trattavasi d'un mezzo di pubblicità diretto principalmente a vantaggio di coloro, i quali potendo aver danno dagli effetti dell'adozione, fossero interessati a contestarli, non era dunque caso di ordinare come sanzione la *nullità dell'adozione*, la quale non fosse annotata nei registri dello stato civile a termini di legge; bastava bensì che, in caso d'inosservanza di questa disposizione, gli effetti dell'atto, pienamente efficace ciò non ostante pei rapporti tra l'adottante e l'adottato, non *fossero opponibili ai terzi* aventi interesse contrario. Anche

(1) V. sopra, n. 87, pag. 181.

rispetto a ciò, altre considerazioni erano inoltre da farsi. Essendosi riconosciuta la necessità di accordare un discreto termine decorribile dal dì del decreto di omologazione, per far eseguire la voluta annotazione sui registri (1), era ovvio che l'esatta osservanza della prescrizione della legge entro il tempo da essa stabilito dovesse lasciar luogo alla piena opponibilità degli effetti dell'adozione, anche a fronte di terze persone aventi interesse contrario, sino dal giorno in cui quegli effetti si fossero normalmente verificati, cioè *retroattivamente al dì dell'atto di consenso* (art. 217 cod. civ.). Spirato il termine invece, era giusto, era conforme alla necessità di una sanzione efficace per l'osservanza della legge, che la negligenza fosse punita col privare le parti, l'adottato principalmente, del benefizio di quella retroattività nel poter opporre ai terzi gli effetti dell'adozione. Ma non per questo dovevasi rendere assolutamente e per sempre inefficace, quanto ai terzi, l'adozione stessa. Ciò avrebbe oltrepassato i limiti di ragione; dappoichè i motivi cessavano naturalmente dal momento in cui fosse data, sebbene tardivamente, all'atto di adozione la richiesta pubblicità sui registri dello stato civile.

Queste considerazioni ci sembrano sufficienti a giustificare la disposizione dell'art. 219, § 3°, ed a spiegarne completamente lo spirito.

95. Circa la precitata disposizione osserva giustamente il *Borsari* che: “ Il dettato semplice e giusto sarà “ nondimeno fecondo di questioni nel foro . . . La proteiforme nozione *del terzo* come si spiega nel presente caso? „.

Prima di seguire l'autore nell'esame ch'egli fa della questione sotto il solo punto di vista della successione dell'adottante, la quale sia reclamata dai parenti che vi avrebbero diritto qualora potessero escluderne l'adottato, reputiamo opportuno premettere qualche considerazione generale.

---

(1) V. sopra, n. 90, pag. 183.

La parola *terzi*, che si usa sempre in *relazione ad un determinato atto o contratto*, serve, nel suo significato più generale, ad indicare tutti coloro i quali essendo rimasti estranei ai rapporti giuridici prodotti da quella convenzione o da quell'atto, non sono tenuti a subire in nessun modo, nè diretto, nè indiretto, gli effetti, le conseguenze legali che ne derivano. Costoro sono protetti dal principio — *res inter alios acta, aliis non nocet nec prodest.* — Ma per rimanere estraneo ai rapporti giuridici prodotti da un atto o contratto, non basta il *non avervi preso parte personalmente*, bisogna, inoltre, *non esservi stato rappresentato* legalmente da altri, *nè rappresentare legalmente quelli che vi furono parti.* Il mandante *è parte* nell'atto o nella convenzione che fa per lui il suo procuratore legale o convenzionale, perchè giuridicamente si considera che agisca esso medesimo in persona del procuratore. Il *successore universale*, l'erede, rappresentando e continuando giuridicamente la persona del proprio autore, è come se fosse stato parte egli stesso nell'atto o nella convenzione fatta da quest'ultimo. Il *successore particolare*, l'avente causa (legatario, donatario, compratore, creditore, ecc.) sebbene veramente non rappresenti e continui giuridicamente la persona dell'autore in tutti i suoi diritti e le sue obbligazioni personali, subentra però in tutti i diritti e gli oneri relativi alla cosa formante oggetto della successione particolare; nè può quindi considerarsi come estraneo ai rapporti giuridici stabiliti cogli atti o contratti pei quali altri abbia trasmessa all'autor suo la proprietà od altro diritto reale sulla cosa predetta, o l'autore medesimo ne abbia trasmesso ad altri. Chi dunque volesse contrapporre — come sarebbe naturale — la denominazione di — *terzi* — all'altra di — *parti in un contratto od atto* — dovrebbe, per esattezza, intendere sotto quest'ultima espressione non soltanto coloro che avessero prestato il consenso nella convenzione, o trattandosi di un atto unilaterale, l'autore di esso e l'altra persona a cui l'oggetto dell'atto medesimo direttamente riguardasse, ma inoltre chi nell'atto

o contratto fosse stato legittimamente rappresentato da altri, o rappresentasse per successione universale o particolare una delle parti. Ed è così che nell'articolo 1130 del nostro codice vediamo proclamata la massima che: " I
" contratti non hanno effetto che *fra le parti contraenti:*
" essi *non pregiudicano nè giovano ai terzi*, fuorchè nei casi
" stabiliti dalla legge „; mentre nel precedente art. 1127 è stato dichiarato " presumersi che *ciascuno abbia contrat-*
" *tato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa*, quando non
" siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non ri-
" sulti dalla natura del contratto „.

Gli *eredi* e gli *aventi causa*, che è quanto dire i *successori a titolo universale o particolare*, non possono pertanto *generalmente* considerarsi in senso giuridico come *terzi*. Ma questa massima, se vale per la generalità dei casi, non può però accettarsi come assoluta per tutti. Possono esservi, e vi sono infatti, alcuni casi speciali, in cui l'obbligo del successore universale o particolare di rispettare come se fosse suo proprio l'atto o il contratto dell'autor suo e subirne tutte le conseguenze legali, tutti gli effetti giuridici, sia subordinato dalla legge a certe condizioni, mancando le quali quell'obbligo non esista; ed allora, relativamente a quell'atto od a quella convenzione, in cui non si verifichino le condizioni stabilite dalla legge nell'interesse dei successori universali o particolari, essi sono da considerarsi non altrimenti che come *i terzi*, ai quali gli effetti degli atti o convenzioni altrui non possono pregiudicare. Così le donazioni fatte da una persona producono certamente i loro effetti anche contro gli *eredi di lei*, i quali sono tenuti a rispettare gli effetti di quegli atti, a subirne le conseguenze, a darvi esecuzione, come se fossero opera loro; poichè sono opera del loro autore, di cui rappresentano e continuano giuridicamente la persona. Ma se quelle donazioni siano riconosciute al tempo della morte del donante come eccedenti la porzione di cui egli poteva disporre, gli eredi legittimi possono richiederne la *riduzione*

(art. 1091 cod. civ.); e se siano fatte a profitto d'alcuno di coloro che ne sono dichiarati incapaci, a tenore degli articoli 767 al 770 combinati coll'art. 1053 del codice civile, sebbene sotto nome d'*interposte persone* (art. 773, 1053 comb.) gli eredi del donante possono impugnarle siccome nulle, quand'anche sia caso in cui quella nullità non possa invocarsi dal donante medesimo. Ecco dunque contratti, che gli eredi della parte contraente sono tenuti a rispettare e subirne gli effetti giuridici, a condizione però che le liberalità contenutevi non eccedano la porzione disponibile del donante, nè siano fatte, sebbene *per interposte persone*, a pro d'incapaci; e se queste condizioni non si verifichino, anche gli eredi del donante sono considerati, in ordine a quei contratti, come *terzi*, e possono *nel proprio interesse e in proprio nome* impugnarli.

Così ancora, i creditori sono considerati come aventi causa del debitore, in quanto che possono far valere le loro ragioni su tutti i beni di lui (art. 1949 cod. civ.) e quindi anche esercitare *tutti i diritti e tutte le azioni del debitore* medesimo, eccettuati soltanto quelli che siano *esclusivamente inerenti alla sua persona* (art. 1234 cod. civ.). — Essi dunque, come aventi-causa, sono generalmente tenuti a rispettare gli effetti giuridici di tutti gli atti o contratti che il loro debitore abbia fatti relativamente ai proprii beni. Tuttavia è loro conceduto di *potere in proprio nome impugnare gli atti, che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni* (art. 1235 cod. civ.). Ecco dunque anche qui atti o contratti di cui l'avente-causa di chi vi fu parte deve rispettare tutti gli effetti, a condizione però che quegli atti non siano stati fatti *in frode delle ragioni di questo avente-causa:* il quale, se la frode siasi verificata, è considerato come *terzo*, ed in questa qualità può impugnar l'atto con l'*azione revocatoria*.

Da tutto ciò possiamo pertanto conchiudere che se per *terzi* devonsi intendere, in generale, solamente *coloro che ad un determinato atto o contratto non abbiano preso parte nè*

personalmente, nè per mezzo di chi legittimamente li rappresenti, nè per mezzo di *persone ch' essi a loro volta rappresentino per successione universale o particolare*, talora però può verificarsi che anche un successore universale o particolare debbasi considerare come *terzo* relativamente ad un determinato atto o contratto, del quale egli sia tenuto a rispettare le conseguenze e subire gli effetti giuridici solamente sotto certe condizioni determinate dalla legge, le quali non siansi verificate o sulle quali almeno cada contestazione.

Coll'applicazione di questi concetti fondamentali sembra dover riuscire meno difficile lo scioglimento dei dubbi che può presentare l'interpretazione del nostro art. 219, § 3°.

96. Cominciamo dunque dal domandarci se questa disposizione, in cui è dichiarato che l'adozione tardivamente riportata sui registri dello stato civile “ *non avrà effetto* “ *quanto ai terzi*, se non dal giorno in cui l'annotazione “ sarà eseguita „ debba intendersi applicabile anche ai *terzi* veramente e strettamente tali, ai *penitus extranei*, a quelli insomma che non solo non siano stati personalmente *parti* nell'atto, ma neppure rappresentino per successione universale o particolare chi vi fu parte. La prima impressione che può fare questo quesito, considerandolo così astrattamente, condurrebbe, non vi ha dubbio, a rispondere senz'altro negativamente. Se si suppone trattarsi d'un *terzo* assolutamente tale, d'un *penitus extraneus*, al quale perciò *gli effetti dell'atto d'adozione non siano in nessun modo opponibili*, secondo il principio “ *res inter alios acta, tertiis non nocet* „ ; come mai potrebbe applicarsi a lui una disposizione, che dice essere *opponibili ai terzi gli effetti dell'adozione* tardivamente iscritta, solo *dal giorno in cui ne sia fatta l'annotazione sui registri?* Bisogna che la legge, parlando di *terzi*, abbia inteso di riferirsi, non ai *penitus extranei*, ma a quelli, che, come successori universali o particolari rappresentando una delle persone che furono

parti nell'atto, possono essere soggetti, generalmente, agli effetti giuridici di esso. E la risposta sarebbe per certo esattissima, se si trattasse d'un atto o contratto ordinario. Ma non dobbiamo dimenticare che ci occupiamo invece d'un contratto d'indole eccezionale, che forma base d'un atto di stato civile, che apporta modificazioni nello stato delle persone a cui riguarda. Cosicchè può avvenire, che in conseguenza di questa modificazione di stato personale anche *terzi assolutamente estranei* vengano indirettamente a risentire gli effetti dell'atto di adozione. Ed allora non dubiteremmo, quanto a noi, di ritenere applicabile la disposizione dell'art. 219, § 3°, nel senso che gli *estranei*, ai quali tuttavia gli effetti giuridici dell'adozione potessero apportare un pregiudizio indiretto, avessero diritto a considerarla quanto al loro interesse come non avvenuta, finchè, scaduto il termine prefisso dal § 1° del predetto articolo, non fosse ancora stata annotata nei registri dello stato civile. Tanto ci sembra doversi ritenere in conformità anche dello spirito della citata disposizione; la quale, per dare una sanzione efficace alla prescrizione da essa fatta di quell'annotazione, ha voluto, in sostanza, che se non sia eseguita entro il termine dei due mesi, l'atto di adozione non produca effetto *se non nei rapporti tra l'adottante e l'adottato*, ma *nòn rispetto a qualunque altra persona*, finchè l'annotazione non sia compiuta.

Qualche esempio chiarirà meglio questi concetti, e, forse, li giustificherà più ampiamente.

Supponiamo che un minore di 21 anni siasi dato in adozione, della quale però non sia stata fatta nel debito tempo l'annotazione nei registri di stato civile; e, prima ch'essa si eseguisse, il minore stesso abbia contratto matrimonio *senza il consenso dell'adottante*. Quel matrimonio è nullo, a termini degli art. 63, § 3° e 108 cod. civ. Se l'adottante o l'adottato, prevalendosi della facoltà ad essi conceduta da quest'ultima disposizione, impugnasse il matrimonio, potrà l'altro sposo opporre il benefizio dell'art. 219, § 3°,

adducendo che l'adozione, non risultante dai registri dello stato civile al tempo in cui egli celebrò il proprio matrimonio, *non aveva alcun effetto riguardo a lui*, epperò la mancanza di consenso dell'adottante non poteva produrre in suo danno la nullità del matrimonio stesso? Noi lo crediamo. Lo sposo dell'adottato era veramente un *terzo*, *penitus extraneus*, relativamente all'atto di adozione. Nondimeno la modificazione di stato, che quest'atto induceva nella persona dell'adottato, sottoponendolo all'autorità dell'adottante quanto al matrimonio che volesse contrarre, portava un effetto opponibile a questo terzo, e consistente nella nullità del matrimonio da potersi invocare contro di lui. Questo effetto non deve potersi verificare in danno del terzo, non essendo stata data all'adozione la voluta pubblicità sui registri dello stato civile. E ciò, oltre ad essere evidentemente compreso nella generalità del testo dell'articolo 219, § 3°, è poi anche perfettamente conforme a ragione; poichè come avrebbe potuto l'altro sposo evitare d'incorrere in questa nullità di matrimonio, se per l'inadempimento della formalità saviamente prescritta dalla legge gli era impedito di conoscere questa straordinaria modificazione di stato apportata dall'adozione all'altro sposo, il quale avrebbe avuto bisogno, oltre al consenso del padre e della madre, di quello ancora dell'adottante?

Ci par dunque dimostrato che non solo è giusta in teoria astratta, ma può avere qualche applicazione pratica importante, la massima che anche un terzo, *penitus extraneus*, può giovarsi dell'art. 219, § 3°, quando la modificazione di stato personale, risultando da un'adozione non ancora annotata nei registri dello stato civile, arrecherebbe speciali effetti che a quel terzo vengono opposti.

97. Dopo questo primo aspetto, in cui abbiamo considerata l'applicabilità dell'art. 219, § 3°, quanto al senso che sia da attribuirsi alla parola — *terzi* — in esso adoperata, altri ancora se ne presentano, concernenti coloro

i quali non possano considerarsi come veramente ed assolutamente *estranei* all'atto di adozione, rivestendo la qualità di *successori a titolo universale o particolare* dell'adottante. E in rapporto alla *successione universale*, non è certamente lieve la questione: se essendo avvenuta la morte dell'adottante prima che l'adozione fosse annotata sui registri dello stato civile e dopo trascorsi i due mesi fissati dalla legge per l'adempimento di tale formalità, il diritto di successione possa essere conteso all'adottato, fondandosi sul disposto dell'art. 219, § 3°.

" Caso gravissimo sarebbe questo — così ci avverte il " *Borsari* —: il figlio adottivo avrebbe perduta l'eredità " per aver trascurata la formalità dell'iscrizione; e resta " molto a pensare se un tale effetto sia possibile „ (1).

Nè certo può negarsi la gravità di questa conseguenza; solamente dobbiamo guardarci dal lasciarcene soverchiamente imporre. Non può trovarsi nulla di strano in ciò, che la legge, per assicurare l'adempimento d'una formalità che ripută importantissima, abbia adoperata una sanzione assai grave, qual'è quella di assoggettare anche alla perdita eventuale de' suoi diritti sulla eredità dell'adottante l'adottato, che trascuri di eseguire, entro il termine abbastanza comodo che gli fu all'uopo concesso, quella formalità, tendente a completare la conveniente pubblicità dell'atto di adozione. Facevano ben di più altre legislazioni, come il codice Napoleone e quello pel Regno delle Due Sicilie; che consideravano come *non esistente in diritto* l'adozione non iscritta a tempo debito sui registri dello stato civile, e la dichiaravano perciò *priva di qualunque effetto*, non solo in rapporto ai diritti eventuali dell'adottato nella eredità dell'adottante, ma eziandio per ogni rapporto tra gli stessi adottante e adottato. Dobbiamo dunque limitarci ad esaminare, senza preoccupazioni, se pei principii generali e per lo spirito che informa la disposizione dell'art. 219, § 3°,

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 219, § 511, pag. 803.

debbano o no ritenersi compresi sotto il nome di *terzi* anche gli *eredi legittimi dell'adottante*, in quanto combattano le pretese all'eredità, che l'adottato fondi sull'atto di adozione non ancora annotato nei registri dello stato civile al momento in cui si aprì la successione, quantunque fosse allora già trascorso il termine utile di due mesi computati dal giorno del decreto di omologazione.

Ascoltiamo ora gli argomenti del *Borsari*. " Quei sedi-" centi eredi — dice egli — sono *terzi* se si guarda " all'atto nel quale non intervennero nè ebbero parte. Ma " lo sono poi realmente attesa la qualità che vengono " spiegando di eredi del defunto? Il defunto non è forse " l'autore dell'adozione? Non ha egli impegnata la sua " parola solenne per adempirla? „. E quest'argomentazione non ammetterebbe replica, se si trattasse veramente d'un'azione che gli eredi non potessero esercitare se non *in rappresentanza del loro autore* e come continuatori della persona di lui. Ma ciò si avvera propriamente nel caso nostro? È *la qualità stessa di eredi*, che è loro contestata da chi la pretende per sè come figlio adottivo del defunto. È questa qualità ch'essi rivendicano; e lo fanno appoggiandosi, non già *ad un diritto che competesse al loro autore* e che sia stato ad essi trasmesso, ma al diritto attribuito loro dalla legge, che li chiama a raccogliere la successione. L'adottante — dice il nostro autore — *aveva impegnata la sua parola solenne per adempire l'adozione*. Vi è, anzi, di più: per l'adottante *era già perfettamente compiuta l'adozione*, era già produttiva di tutti i suoi effetti legali dal momento che n'era stato omologato l'atto, e senza bisogno che apparisse dai registri dello stato civile. Ma nè l'adottante nè l'adottato potevano, senza l'adempimento di questa formalità, *rendere efficace quell'atto contro altre persone;* non lo potevano dunque neppure contro gli eredi legittimi, per togliere ad essi la successione in favore dell'adottato medesimo. L'adozione non iscritta nei registri non può produrre effetti se non *nei rapporti tra adottante e adot-*

tato, è assolutamente inefficace quanto ad ogni altra persona, a meno che non ne venga operata l'annotazione prima che scada il termine dei due mesi. Tale ci sembra l'intendimento manifesto che ebbe il legislatore nostro nella disposizione dell'art. 219, § 2°.

Il *Delvincourt* trattando una questione che non era precisamente la nostra (nè questa poteva presentarsi sotto il codice Francese, che dichiarava *giuridicamente inesistente* l'adozione non iscritta) ma che pure riguardava il potere o no dagli eredi dell'adottante essere impugnata un'adozione, che sarebbe stata inattaccabile per l'adottante stesso, stabiliva chiaramente il concetto che abbiamo cercato di svolgere. " Bisogna distinguere — diceva il Delvincourt — " due specie d'azioni, che possono essere esercitate dagli " eredi. Alcune di esse possono chiamarsi *ereditarie*, e " sono quelle che vengono esercitate dagli eredi *come rappresentanti il defunto, e continuanti giuridicamente la persona di lui*, ed è certo che con questa specie di azioni " *essi non possono esercitare altri diritti che quelli spettanti* " *al loro autore*. Altre poi ne esercitano *come chiamati dalla* " *legge a raccogliere le successioni*; ed a queste è evidente " non potersi applicare lo stesso principio " (1).

Queste considerazioni ci persuaderebbero a ritenere che anche gli *eredi dell'adottante* potessero approfittare del benefizio accordato dall'art. 219, § 3°. E sarebbe questo uno di quei casi, nei quali accennammo superiormente che anche *l'erede d'una delle parti può considerarsi come terzo relativamente ad un determinato atto, qualora la legge non l'obblighi a rispettarne le conseguenze e subirne gli effetti giuridici se non sotto certe condizioni, le quali non siansi verificate* (2).

98. Ciò che ritenemmo per gli eredi dell'adottante dev'essere naturalmente e per maggior ragione valevole per coloro che siano semplicemente *aventi-causa*; poichè

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 102, n. 8.
(2) V. sopra, n. 95, pag. 193-196.

questi non rappresentando giuridicamente la persona del loro autore, non possono trovare un ostacolo nella efficacia piena che aveva contro di lui l'adozione non iscritta; e i motivi dell'articolo 219, § 3°, sono ad essi anche più manifestamente applicabili. Potremmo citare come uno degli esempi proponibili quello di una persona, che per diritto ad ottenere gli alimenti dall'adottante si trovasse in concorrenza coll'adottato; il quale certamente, finchè la sua adozione non fosse completamente resa regolare a fronte de' terzi coll'annotazione nei registri di stato civile, potrebb'essere escluso dall'esercizio di quel diritto, se la concorrenza sua nuocesse all'altro perchè l'adottante non avesse mezzi sufficienti per amendue (1). Il parente dell'adottante, che ripete da lui gli alimenti, è certamente da considerarsi come un *avente-causa*, in quanto è *creditore* per titolo alimentario. Ma non per questo è tenuto a subire la concorrenza dell'adottato, come un effetto della adozione, solo perchè questa è pienamente efficace, non ostante la mancanza della iscrizione, contro il debitore degli alimenti. Per lui invece, come per qualunque altro fuori dell'adottante e dell'adottato, l'adozione non risultante dai registri dello stato civile è come se non esistesse, poichè non produce effetti opponibili ai terzi; e terzo egli è veramente nel senso della legge. Vero è però che come questi effetti possono sempre rendersi attivi contro i terzi mediante l'annotazione tardiva, l'eccezione che il parente potrebbe opporre all'adottato, non varrebbe ad impedire nell'avvenire la concorrenza di quest'ultimo. Ma intanto dovendosi decidere la controversia secondo lo stato di cose esistente al tempo della introduzione della domanda, par certo che il parente dell'adottante dovrebbe uscirne vincitore; salvo all'adottato il rendersi attore in separato giudizio, dopo che l'adozione fosse stata trascritta ed annotata nei registri dello stato civile.

---

(1) V. vol. V, parte II, n. 292, pag. 471 e seg.

Un altro esempio ci è offerto nel caso di un donatario, contro cui il figlio adottivo del donante agisca per la *riduzione della donazione*, siccome eccedente alla porzione disponibile.

Che anche al figlio adottivo appartenga il *diritto di legittima* non può essere posto in dubbio da noi, che abbiamo una disposizione espressa in proposito (art. 806 codice civ.). Neppure crediamo potersi con qualche fondamento rinnovare la controversia mossa da qualche autore francese, il quale opinò che l'adottato potesse esercitare i proprii diritti di legittima solamente *sui beni lasciati dallo adottante al tempo di sua morte*, non su quelli di cui l'adottante avesse disposto in sua vita per donazione. Questa idea sarebbe in troppo aperta opposizione col testo dell'articolo 1091 cod. civ., che dichiara soggette a riduzione le donazioni quando eccedano la porzione disponibile *secondo le norme stabilite nel capo II del titolo II del libro III*; norme nelle quali il *figlio adottivo è espressamente parificato al legittimo* dal citato art. 806. Piuttosto potrebbesi riprodurre la questione tanto dibattuta: se l'adottato, per aver salvo il proprio diritto di legittima, potesse far ridurre soltanto le *donazioni posteriori* od anche le *anteriori all'adozione*. Non è qui il luogo di sviluppare questo argomento; trattando del quale saremmo costretti ad anticipare la esposizione dei principii relativi al diritto di legittima.

Ci limiteremo ad accennare, che ogni donazione dovendosi sempre intender *fatta sotto la condizione che al tempo della morte del donante essa non sia riconosciuta eccedente la porzione di beni di cui questi abbia potuto disporre, secondo i diritti di legittima che in quel tempo possano spettare a qualunque persona*; e d'altra parte l'attribuzione del diritto di legittima all'adottato non essendo opera dell'adottante, ma della legge, non sembra esservi ostacolo a potere l'adottato esercitare i suoi diritti di legittima e di riduzione anche *sulle donazioni anteriori all'adozione*. Ma perchè la riduzione possa domandarsi, sia delle donazioni anteriori,

sia anche delle posteriori, reputiamo sempre indispensabile che, a termini dell'art. 219, § 3°, *l'adozione fosse già annotata nei registri dello stato civile al tempo dell'aprimento della successione del donante ed adottante*, a meno che non fosse allora per anco spirato il termine di due mesi successivi al termine di omologazione. È infatti al tempo predetto dell'apertura della successione, che bisogna sempre riferirsi per determinare se siasi verificato il diritto a far ridurre le donazioni (v. art. 1091 cod. civ.); e se allora l'adottato non trovavasi in condizione di poter opporre ai terzi gli effetti dell'adozione da lui conseguita, nè quindi la qualità che gliene derivava di legittimario, egli non potrà dunque neppure far valere questa qualità contro i donatari dell'adottante. Non vedremmo altra obbiezione che potesse farsi, se non dicendo: che i donatari non sono terzi, *penitus extranei*, ma sono *aventi-causa* del donante, autore dell'adozione. E ciò è verissimo. Ma, come crediamo d'aver dimostrato, la disposizione dell'art. 219, § 3°, parlando di *terzi*, ha dovuto intendere, secondo il suo spirito, di comprendervi anche gli *aventi-causa* dell'adottante, non tenendoli obbligati a subire le conseguenze legali dell'atto di adozione fatto dall'autor loro, se non in quanto fosse stata adempiuta anche quella forma di pubblicità che la legge reputò opportuno di dargli ordinandone l'annotazione nei registri dello stato civile. La sanzione con cui la legge intese di assicurare l'esecuzione di questa sua prescrizione sarebbe davvero troppo imperfetta, qualora nel predetto articolo 219, § 3°, dovessero intendersi per *terzi* i soli *penitus extranei*, qualora l'inefficacia dell'adozione non iscritta nei registri non fosse opponibile neppure dagli aventi-causa dell'adottante.

99. II. Il codice nostro, come quelli che lo precedettero, non ha parola che riguardi le cause di *nullità* che possano proporsi contro l'adozione; ben altrimenti da ciò che fu fatto in ordine al matrimonio, dove tutto fu previsto e

regolato, per determinare sì le cause che a nullità diano luogo, come le persone da cui possa esserne promossa la dichiarazione, i termini per farlo utilmente, le eccezioni opponibili. Di qui l'occasione di grandi dispute per la dottrina, la quale, giovandosi dei principii generali e di argomenti d'analogia, doveva creare tutto un sistema, su cui la legislazione positiva serbava un assoluto silenzio. Nè questa circostanza, e la considerazione che in altre materie era stato espressamente regolato tutto ciò che riguardasse le nullità, mancò di produrre qualche incertezza intorno alla base stessa della teoria che si trattava di costruire, intorno, cioè, a stabilire se vere cause di nullità potessero riguardarsi come esistenti in questa materia dell'adozione.

Vi furono giureconsulti i quali pensarono infatti, che qualora non mancassero le *condizioni indispensabili per l'esistenza giuridica dell'atto*, nessuna causa potesse essere adducibile per impugnarne la validità. Pareva ad essi che la proclamazione solenne di *farsi luogo all'adozione*, pronunziata da una magistratura superiore, dopo accurate indagini tendenti a riconoscere se tutte le condizioni di legge fossero state adempite, dovesse costituire un atto essenzialmente ed assolutamente irreformabile. E tant'oltre si spingevano, da giungere a dire, che come in origine la adozione in diritto romano era formata per legge, così dovesse riguardarsi anche ora quale attribuzione legislativa, eccezionalmente demandata al potere giudiziario, quella di sanzionare l'atto di adozione. Cercavano poi di giustificare la necessità di precluder la via a qualunque possibilità d'impugnazione, facendo considerare gl'inconvenienti e i danni gravissimi che deriverebbero dal non dare stabilità incrollabile ad un atto sulla cui fede possono essersi costituiti interessi e diritti importantissimi: matrimoni, costituzioni di doti, ecc. — Dicevano, che i mali temibili all'opposto dall'essere inattaccabile il pronunciato della corte omologante l'adozione non sarebbero maggiori di quelli che possono ogni giorno cagionarsi coll'autorità che

si accorda alla *cosa giudicata*. — Argomentavano dall'imprevidenza di cui verrebbesi ad accusare il legislatore, ritenendo che avesse ammesso delle nullità, le quali poi non avesse curato di regolare, come fece per altre materie. — Aggiungevano che sarebbe incongruo potersi portare davanti ad un tribunale di prima istanza la cognizione d'un pronunciato della Corte d'appello; come pure si sarebbe dovuto ammettere, una volta che si fosse ritenuta proponibile l'azione di nullità. — Argomenti per certo non leggeri; ma che tuttavia non poterono resistere alle prove della critica, sì che non fosse accolta generalmente l'opinione contraria.

Impossibile considerare come un atto d'autorità legislativa, deferito eccezionalmente al potere giudiziario, quello di omologare l'adozione. Ha detto benissimo il *Borsari*: " nulla di simile può neppure idearsi, secondo il diritto " pubblico vigente in Italia „.

Procurammo altrove di dimostrare i veri caratteri giuridici del decreto, con cui la Corte omologhi l'adozione; e ci parve di poterli riassumere in questa proposizione: *il decreto per sè è un semplice atto di giurisdizione volontaria, ma forma parte integrante dell'atto di adozione, del quale costituisce il complemento necessario per renderlo giuridicamente perfetto* (1). Ora gli è vero che il decreto, considerato per sè stesso, come atto di giurisdizione volontaria, non sarebbe suscettibile d'essere impugnato direttamente con nessun mezzo nè ordinario nè straordinario (2). Ma deve forse seguirne che sia egualmente irrepugnabile l'adozione per esso omologata? Questa non è già una creazione abbandonata totalmente al potere discrezionale dell'autorità giudiziaria; è opera della legge, la quale ne determina essa stessa rigorosamente le condizioni, e figura soltanto come una di esse e come complementare quella

(1) V. sopra, n. 84, pag. 173 e seg.
(2) V. sopra, n. 85, pag. 175 e seg.

dell'atto d'omologazione da riportarsene dalla Corte d'appello. Sta che questa condizione, una volta verificata, lo è immutabilmente, perchè nessun mezzo vi ha per impugnare direttamente il decreto; ma ciò non può bastare a rendere irrepugnabilmente efficace l'adozione, se manchi qualcuna delle altre condizioni che la legge vuole. Si oppone che uno degli oggetti delle indagini, che la Corte deve fare per profferire il suo decreto, consiste appunto nel *verificare se tutte le condizioni della legge siano state adempite* (art. 215 n. 1° cod. civ.). Come dunque questo decreto non è impugnabile, così non deve più farsi oggetto di questione l'esistenza di quelle condizioni. L'obbiezione avrebbe fondamento se si trattasse di *cosa giudicata*, contro cui non fosse più aperta nessuna via di ricorso. Ma, come dimostrammo, l'autorità di cosa giudicata non è certamente attribuibile a questo decreto della Corte, che si pronuncia in seguito ad un procedimento tutto segreto, in cui non vi ha nè attore nè convenuto, in cui le persone aventi interesse non dovrebbero nè potrebbero esser chiamate ad intervenire, che, infine, non solo non deve, ma neppur può contenere i motivi su cui si fondi (1). Or come sarebbe possibile che un tale pronunciato impedisse per sempre a qualunque persona interessata di far valere, colle consuete guarentie giudiziali, le cause che per legge ostassero alla validità dell'adozione, e di dimostrare, per esempio, che l'adempimento di certe condizioni si fosse fatto apparire da falsi documenti, che l'adottato fosse figlio illegittimo dell'adottante, o fosse stato adottato precedentemente da altri, che esistesse ancora al tempo dell'adozione un discendente legittimo dell'adottante, il quale si fosse trovato assente e creduto morto?

Si pensa agl'inconvenienti derivabili dall'annullamento d'un'adozione, che potrebb'essere divenuta base d'importanti interessi sovr'essa stabiliti; ma non si pensa ai danni

(1) V. sopra, n. 84, pag. 174.

che produrrebbe certamente il tener ferma un'adozione mancante delle condizioni richieste, negando ogni rimedio alle persone interessate, le quali, offrendosi di provare l'avvenuta violazione della legge, domandassero di ristabilire, in conformità di essa, i loro diritti. Si vogliono acquietare i reclamanti presentando innanzi ai loro occhi l'esempio dell'autorità che si attribuisce alla *cosa giudicata*, la quale può pure talvolta consacrare irrimediabilmente una ingiustizia; ma si dimentica ch'essi non hanno potuto godere di nessuna di quelle guarentigie che circondano i giudizi, e sulle quali appunto l'autorità della cosa giudicata fonda la sua ragion d'essere. Si giudica incredibile che il legislatore, se avesse ammesso potersi esercitare azione di nullità contro un'adozione omologata, non l'avesse regolata con norme espresse, come fece per altre materie; ma non si riflette che appunto perchè interviene la Corte d'appello, la quale esamina documenti, assume informazioni, sente il ministero pubblico prima di pronunciare che *si fa luogo all'adozione*, saranno in fatto assai rari i casi in cui si verifichi la nullità; e perciò il legislatore ha potuto credere non necessario occuparsene con disposizioni espresse, alle quali, del resto, possono supplire abbastanza pel bisogno i principii generali.

Si dice da ultimo che, ammettendo l'azione di nullità, verrebbesi a sottoporre l'operato di una Corte d'appello al giudizio d'un Tribunale, che potrebbe dichiarar nullo ciò che quella ritenne valido. Ma anche in questa obbiezione havvi lo stesso equivoco, che altra volta notammo. Si ragiona come se la Corte avesse pronunziata una decisione in materia contenziosa, e fosse questa decisione che venisse direttamente impugnata. All'opposto, la Corte non ha proferita una sentenza, ha *omologato il contratto* delle parti, non ha compiuto un *atto di giurisdizione contenziosa* ma *volontaria;* e l'avente interesse, che promuove un'azione di nullità, non impugna veramente e direttamente il decreto della Corte, ma l'*atto di adozione*, di cui quel decreto non costituisce che una

parte complementare. È una *questione di stato*, che viene proposta; e non è punto una deroga dei principii comuni, è, anzi, una necessaria applicazione di essi, che una tale questione debba seguire i gradi ordinari di giurisdizione, e debbasi quindi portare l'istanza davanti al tribunale competente in ragione del domicilio del convenuto, salvo ricorso in appello alla Corte da cui quel tribunale dipenda, non altrimenti che se s'impugnasse un altro contratto qualunque.

Ci sembra pertanto fondata sulle più salde ragioni l'opinione generalmente accolta, che non ostante l'omologazione pronunciata dalla Corte d'appello, possa essere chiesto coi mezzi ordinari l'annullamento dell'adozione, quando essa manchi di qualcuna delle condizioni che la legge considera come necessarie affinchè possa farvisi luogo (1).

Qualche autore anzi si spinse più oltre; e fondandosi sulla considerazione " che l'adozione è una pura finzione, una " creazione del diritto civile, una istituzione di favore tutto " eccezionale e permessa all'infuori dei principii di diritto " naturale „ ne dedusse che mancando qualcuna delle condizioni richieste dalla legge, l'adozione medesima dovesse riguardarsi come *impossibile legalmente, come non avvenuta in diritto e nulla di nullità propriamente detta*, che è quanto dire *inesistente giuridicamente* (2). Ma questa opinione ci sembra a sua volta esagerata in senso contrario, ed inammissibile; avvegnachè il doversi riguardare un determinato atto come *creazione del diritto positivo* non debba per sè produrre la conseguenza che tutte le condizioni per esso prescritte dalla legge debbano necessariamente considerarsi come *essenziali*, e se alcune di esse avranno per la natura loro e per lo spirito della legge questo carattere, altre invece potranno, per differenti motivi, essere volute soltanto

---

(1) V. Duvergier sur Toullier, t. II, n. 1019; Demolombe, t. VI, n. 185-186; Aubry et Rau, t. IV, § 558, 2°; Laurent, t. IV, n. 227; Borsari, *Comm.*, art. 217, § 507, pag. 796.

(2) V. Marcadé, art. 360, § III, t. II, n. 121-122.

a pena di *semplice annullabilità* anche puramente *relativa* dell'atto medesimo, ed altre ancora non essere neppure richieste a pena di nullità, ma sotto altre sanzioni. Tutto deve dipendere, intorno a ciò, dallo spirito della legge rettamente interpretato.

Ci resta dunque ora da esaminare quali, secondo la norma predetta, debbano riguardarsi come *cause di nullità* dell'adozione, chi possa dimandarne la dichiarazione, in quali modi e dentro qual tempo. La prima delle quali ricerche rivolgeremo separatamente alla *condizioni intrinseche ed estrinseche dell'adozione.*

100. (*a*). La massima più generalmente accolta nella dottrina e nella giurisprudenza francese sarebbe che l'adozione *dovesse riguardarsi come annullabile ogni volta che fosse stata omologata non ostante la mancanza d'una qualunque delle condizioni intrinseche richieste dalla legge* (1). Il *Demolombe*, ammettendo in principio questa teoria, reputa per altro dovervisi apportare alcune limitazioni; tra le quali principalmente questa, che non debba dirsi nulla l'adozione d'un maggiore di 25 anni, se anche non abbia domandato il consiglio de' suoi genitori, come il codice Francese prescrive (2).

Il nostro *Borsari* contesta la massima *che sia sempre annullabile l'adozione nella quale non siano state osservate tutte le condizioni dalla legge prescritte*. Ma quando discende ad enumerare le eliminazioni che crede doversi fare, si limita ad eccettuare dalle cause di nullità l'inosservanza d'alcune *forme ch'egli reputa non sostanziali*, e “ *quelle che* “ *verrebbero a ferire i criteri che hanno guidato la Corte nel* “ *suo giudizio*, „ cioè “ *l'esame ch'essa ha fatto dei carat-* “ *teri e delle condizioni morali dell'atto, per cui s'indusse* “ *ad approvarlo* „ (3).

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 329; Aubry et Rau, l. c., n. 4; Laurent, t. IV, n. 229.
(2) V. Demolombe, t. VI, n. 196-198.
(3) V. Borsari, l. c., pag. 798.

Lasciando da parte, per ora, ciò che riguarda le *forme estrinseche* dell'atto di adozione, del quale argomento, secondo la divisione proposta, avremo ad occuparci più oltre, e limitandoci qui a parlare delle *condizioni intrinseche* della adozione, noteremo però una distinzione, che ci sembra necessario osservare affinchè sia evitata ogni confusione d'idee.

Tra le condizioni intrinseche dell'adozione annoverammo, quanto alla persona dell'adottante, la *buona fama di cui egli goda;* e quanto alla persona dell'adottando, la *convenienza per lui dell'adozione.*

Il *Laurent* nega che della *buona fama dell'adottante* — e lo stesso potremmo dir noi anche della *convenienza della adozione* — la legge *faccia una condizione propriamente detta;* e per dimostrarlo osserva ch'è solo dopo avere imposto all'autorità giudiziaria di *verificare se tutte le condizioni della legge siano state adempite*, che si aggiunge dovere il giudice verificare altresì se la persona che vuole adottare goda buona fama. Quest'argomentazione starebbe, evidentemente, anche col nostro articolo 215; ma non pare abbastanza concludente. Quando colle parole stesse della legge diciamo *condizioni richieste per l'adozione*, intendiamo fuor di dubbio, non già *condizioni* vere e proprie, ma *requisiti* prescritti perchè l'adozione abbia luogo. Nè si può negare che requisiti siano la buona fama dell'adottante e la convenienza dell'adozione per l'adottato, come lo sono l'età voluta nell'una e nell'altra di queste persone, il non esservi discendenti legittimi o legittimati dell'adottante, ecc.

Quei due requisiti hanno però un punto di differenza importante e caratteristica, in confronto degli altri; che, cioè, mentre questi sono determinati direttamente dalla legge, senza lasciare in proposito nessun potere discrezionale all'autorità giudiziaria, la quale non ha in ciò altro ufficio che di verificare, col mezzo dei documenti presentatile dalle parti e colle informazioni assunte, se tutti quei requisiti sussistano; invece per ciò che concerne la buona

fama dell'adottante e la convenienza dell'adozione, è necessariamente lasciata la più ampia facoltà di apprezzamento alla Corte, il cui pronunciato non potrebbe in questa parte essere soggetto a censura alcuna (1).

Questa distinzione ci sembra dover essere la sola guida nel discernere, tra i vari requisiti dell'adozione, quali siano quelli la cui mancanza produca o non produca nullità, come vedremo distintamente nei numeri successivi. Vedremo poi anche se, indipendentemente dai requisiti prescritti dalla legge, altri ve ne siano, in difetto dei quali debbasi per virtù dei principii generali di diritto ritenere annullabile l'adozione.

101. (I). Che le condizioni richieste dalla legge nelle persone dell'adottante e dell'adottato, quelle a cui si riferisce il n. 1° dell'art. 215 e che risultano dalle disposizioni dei precedenti articoli 202 al 207, debbano riguardarsi come indispensabili sotto pena di nullità dell'atto, non pare che possa con bastante fondamento rivocarsi in dubbio. È vero che questa nullità non è *testuale*; ma a ritenerla *virtuale* almeno concorrono e i principii generali di diritto e qualche speciale disposizione di legge, che altrimenti non troverebbe una spiegazione ragionevole.

I principii c'insegnano che la validità d'un atto giuridico, la cui esistenza dipenda esclusivamente dal diritto positivo, debba necessariamente essere subordinata al concorso di tutti i requisiti che la legge medesima imponga per quell'atto; c'insegnano che una *finzione di diritto* non possa sussistere se non quando si verifichino tutte le condizioni su cui la legge la fondi. Ora l'adozione è appunto una creazione del solo diritto positivo, è una finzione giuridica di rapporti simili in parte a quelli della filiazione legittima. La conseguenza di queste premesse non può ammettere dubbio.

---

(1) V. sopra, n. 84, pag. 173-174.

La legge stessa poi impone alla Corte di *verificare se tutte le condizioni da essa richieste siano state adempite*, e di dichiarare in caso contrario che *non si fa luogo all'adozione* (art. 215 n. 1°, 216 cod. civ.). Or come potrebbesi conciliare il *non farsi luogo all'adozione*, colla *validità di essa quando avesse avuto luogo?*

Il fondamento di questi principii è manifestamente eguale per qualunque delle condizioni intrinseche volute dalla legge per l'adozione; epperò reputiamo giusta la censura fatta alla dottrina del Demolombe, che ritiene proponibile qualche distinzione. “ Ogni distinzione — gli fu “ risposto — sarebbe, in questa materia, del tutto arbi- “ traria e in evidente contraddizione col testo della legge, “ che vuole *adempite tutte le condizioni* da essa prescritte, “ *affinchè possa farsi luogo all'adozione* „ (1).

102. (II). Quando si tratti, non delle condizioni che la legge stessa determina direttamente, ma delle altre ch'essa abbandona al potere discrezionale dell'autorità giudiziaria, quali sono quelle contemplate nei numeri 2° e 3° dello stesso articolo 215, tutti sono d'accordo nel ritenere che la pretesa inesistenza di quelle condizioni non potrebbe rendere ammissibile un'azione di nullità, colla quale si volesse impugnare l'adozione, che fosse stata ammessa dalla Corte. Sulla esattezza della qual massima non crediamo neppur possibile un dubbio. La Corte non fa che esercitare un atto di piena sua autorità, allorchè, convinta della buona fama dell'adottante e della convenienza dell'adozione per l'adottato, dà vita giuridica perfetta e definitiva, colla solenne sua proclamazione, all'atto dell'adozione stessa. Come potrebbe mai pretendersi che usando di questo potere, che le era attribuito pieno ed assoluto, la Corte avesse violato la legge, sicchè potesse farsi luogo ad impugnare l'adozione come nulla per questa causa? E come potrebbe

(1) V. Laurent, l. c.

accordarsi l'ammissibilità dell'azione di nullità, coi motivi che ispirarono la legge nel circondare di tante cautele e di sì rigoroso segreto le forme di procedura per l'omologazione? Si volle evitare lo sfregio all'onore dell'adottante, che potrebbe derivare dalla reiezione della domanda per l'omologazione dell'atto; e perciò non si ammisero forme contradditorie di discussione, non esami testimoniali, non pubblicità alcuna degli atti di procedimento, non motivazione del decreto. E poi sarebbe permesso d'impugnare come nulla l'adozione, che fosse stata ammessa, adducendo che *l'adottante non godesse buona fama*, o che *l'adozione non convenisse* all'adottato? Ma l'azione dovendo essere promossa, istruita e giudicata nelle forme e colla pubblicità ordinarie, tutto l'effetto delle cautele, che la legge aveva prescritte allo scopo di lasciar salvo l'onore dell'adottante, rimarrebbe dunque completamente distrutto, e la sentenza che pronunciasse la nullità dell'adozione, omologata produrrebbe quei medesimi inconvenienti, per evitare i quali si accordò in questa parte alla Corte un potere discrezionale illimitato e si volle osservato un rigoroso segreto nel procedimento istruttorio e sui motivi che determinassero il decreto medesimo.

103. (III). Accennammo altre volte che i principii generali riguardanti l'annullabilità dei contratti ordinari, per errore, violenza o dolo, sarebbero parimente applicabili all'adozione quando di quei vizii si trovasse infetto il consenso prestato dall'adottante o dall'adottato (1).

104. Per ragioni che avemmo pure ad esporre in altra occassione parrebbe da ammettersi che anche da un'altra causa, dipendente dai principii generali di diritto, potesse derivare l'annullabilità dell'adozione; e sarebbe pel caso che l'adottante o l'adottato, *trovandosi in istato di*

---

(1) V. sopra, n. 62, pag. 117-118.

mente sana all'atto della prestazione del consenso, fosse tuttavia in istato d'interdizione giudiziale (1).

Potrebbe domandarsi: se per l'applicazione della regola generale stabilita nell'art. 336 cod. civ. fosse annullabile l'adozione, non ostante che il consenso dell'adottante e dell'adottato fosse stato prestato *anteriormente all'interdizione*, qualora si provasse che fin da quel tempo *sussistesse la causa dell'interdizione stessa.*

Potrebbe chiedersi ancora, se dovesse osservarsi parimente la disposizione del successivo art. 337, che vieta d'impugnare per infermità di mente un atto di persona defunta, se prima della morte di lei non ne sia stata promossa l'interdizione, o la prova della infermità non risulti dall'atto stesso impugnato.

E sembra che ambedue quelle massime debbano ritenersi applicabili, sia per la generalità stessa delle citate disposizioni, le quali contemplano *tutti gli atti* in generale, sia eziandio pei motivi su cui sono fondate, i quali sono identici anche per l'atto di adozione (2).

105. (*b*). Delle forme che la legge ha ordinate per l'atto di adozione nelle distinte parti che lo compongono — cioè nella prestazione del consenso e nella omologazione della Corte — quali sono quelle che debbano considerarsi come necessarie *sotto pena di nullità?* Ecco il grave quesito di cui proponiamo ora di occuparci.

Potrebbe per primo presentarsi un concetto, di cui già altre volte avemmo a dar cenno: che, cioè, l'atto di adozione, essendo una creazione della legge, ed avendolo questa voluto *solenne*, perciò a tutte le forme che in esso sono richieste fosse applicabile il principio: *forma dat esse rei;* cosicchè la mancanza di qualunque di tali forme dovesse produrre, non solo l'*annullabilità*, ma l'*inesistenza giuridica*

(1) V. sopra, n[i] 64, 93, pag. 122-124, 190.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 224, pag. 312.

dell'atto (1). Non è però difficile dimostrare quanto una tale idea sarebbe fallace. Perchè un atto riconosca la sua esistenza da una mera concessione della legge positiva, perchè questa, avuto riguardo all'importanza dell'atto medesimo, lo abbia voluto *solenne*, non ne deriva che tutte indistintamente le forme per esso prescritte debbano riguardarsi assolutamente come *essenziali*. Lo saranno certamente quelle che giusta lo spirito della legislazione *costituiscano col loro concorso la solennità stessa che si volle dare all'atto;* ma non è tolto che altre forme secondarie possano essere ordinate, le quali nell'intendimento del legislatore non essendo veramente *sostanziali per la formazione giuridica dell'atto*, siano però più o meno importanti per gli scopi a cui sono dirette le norme regolatrici dell'atto medesimo, o per l'interesse delle parti o per quello anche di terze persone. Ed allora, secondo appunto l'importanza particolare di ciascuna di queste forme, e i fini pei quali sia ordinata, e lo spirito quindi della legge che l'abbia prescritta, potrà ritenersi o che la inosservanza della forma stessa produca *nullità virtuale* dell'atto, od anche che non ne derivi nullità d'alcuna sorta.

Per quanto riguarda specialmente l'*adozione*, già abbiam veduto quali siano le forme, che, secondo lo spirito del diritto positivo, debbano considerarsi come *sostanziali per la solennità dell'atto*, come indispensabili quindi all'esistenza giuridica di esso: la *manifestazione personale del consenso* dell'adottante e dell'adottato *davanti al presidente della Corte*, e *il decreto* con cui questa pronunci *farsi luogo alla adozione* (2). Delle altre formalità potrà essere disputabile se la loro inosservanza cagioni o no la *nullità virtuale* della adozione; ma non sono certamente da considerarsi come necessarie all'*esistenza giuridica* di essa.

L'opinione più accreditata è, che siavi nullità *ogni volta*

---

(1) V. sopra, n. 99, pag. 210-211.
(2) V. sopra, n. 93, pag. 190.

che le regole di competenza o di forma, stabilite per l'uno o per l'altro degli atti necessari a costituire l'adozione, non siano state osservate (1). " La legge — ha detto un celebre scrit-
" tore — indica il tribunale che deve omologare l'atto di
" adozione, prescrive le forme colle quali bisogna proce-
" dere, determina infine il luogo in cui dee farsi l'iscri-
" zione. *Tutte queste formalità hanno ad essere osservate*
" *sotto pena di nullità.* L'adozione, infatti, è una *finzione;*
" e *nessuna finzione può realizzarsi se non sotto le forme stabi-*
" *lite dalla legge.* Questo principio non ammette dubbio . . .
" Esso è rigoroso, ma *tutto è di rigore in materia d'atti*
" *solenni* „ (2).

Il *Demolombe*, anche qui, come in ordine alle *condizioni intrinseche* dell'adozione, ammette questa regola generale, ma la ritiene soggetta nelle applicazioni a qualche limitazione; che però riduce, per quanto riguarda *le forme*, a questa sola, che *i termini* stabiliti per la presentazione dell'atto all'omologazione non portino nullità dell'adozione, la quale sia stata omologata non ostante che quei termini fossero trascorsi (3).

Il *Cons. Borsari* combatte di fronte la teoria surriferita, sostituendovi la distinzione delle *forme che siano* o *non siano da considerarsi come sostanziali.* Dice " essere *forme sostan-*
" *ziali* — la cui mancanza perciò dovrebbe produrre nul-
" lità dell'atto — *la presenza del presidente della Corte e*
" *del cancelliere all'atto del consenso, l'intervento attivo del*
" *pubblico ministero. Non sostanziali* — dalla cui inosser-
" vanza non deriverebbe pertanto la nullità — *il corso dei*
" *termini, il divieto della motivazione . . . la competenza della*
" *Corte* (4) „.

La distinzione tra *forme sostanziali* e no, ci farebbe correre per un momento all'idea che il nostro autore inten-

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, § 558, 2° (*c*), n. 5.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 231, pag. 318.
(3) V. Demolombe, t. VI, n. 197.
(4) V. Borsari, *Comm.*, art. 217, § 508, pag. 798.

desse riferirsi a quelle formalità che sono necessarie *per l'essenza dell'atto*, e la cui inosservanza produce perciò l'*inesistenza giuridica* di esso. Ma non è tale certamente il suo concetto. Egli reputa *affatto inconsistente la distinzione tra inesistenza giuridica e semplice annullabilità degli atti;* ed anche qui, come sempre, si mantiene coerente ai principii che ha accettati, poichè mette insieme le due forme consistenti nel doversi *prestare il consenso dell'adottante e dello adottato davanti il presidente*, e nel doversi dalla Corte *sentire il pubblico ministero* prima di pronunciare l'omologazione. Per noi la prima di queste forme sarebbe *di essenza;* e l'atto di adozione, non ricevuto davanti al presidente della Corte, quantunque l'adottante e l'adottato avessero prestato il consenso in presenza d'altro ufficiale pubblico, per esempio di un notaio, non sarebbe solo *annullabile*, ma non avrebbe neppure inizialmente *nessuna esistenza, nessuna possibile efficacia giuridica* come non l'ha il matrimonio che non sia stato contratto davanti l'uffiziale di stato civile, sebbene sia intervenuto un altro funzionario pubblico; mentre all'opposto, se l'atto di adozione fosse stato ricevuto dinanzi al presidente e omologato poi dalla Corte, il *non essersi sentito il pubblico ministero* potrebbe essere motivo per domandare la *dichiarazione di nullità dell'atto medesimo*, il quale però intanto, e finchè la nullità non fosse pronunziata, *esisterebbe giuridicamente*, e produrrebbe quindi i suoi effetti legali.

Ma nel sistema del *Borsari*, l'una e l'altra di quelle forme sono *ugualmente sostanziali;* differenti forse nella importanza, ma d'identico effetto in quanto a rendersi, per la loro inosservanza, *semplicemente annullabile l'atto*. La distinzione, a cui ci richiama l'egregio autore, non è dunque tra le forme *necessarie per l'essenza* dell'atto e quelle che siano soltanto *richieste per la validità di esso;* ma tra le forme *sostanziali* e le *accidentali*. Quanto a noi, ci atterremmo semplicemente al principio: che qualora per un dato atto concorra già tutto quanto è necessario essenzialmente per

la sua esistenza giuridica, si faccia luogo a nullità solo per la *inosservanza di quelle forme, che siano indispensabili affinchè si raggiungano i fini particolari pei quali quell'atto sia ordinato dalla legge* (1). — Ma qui appunto ci ferma l'opinione, che già sopra rimarcammo come predominante nella dottrina francese. Il fine — essa ci dice — che il legislatore si è proposto nel determinare le forme dell'adozione, è di farne un *atto solenne*, che serva di base ad una *finzione giuridica*, per la quale si arrechi una modificazione nello *stato personale* delle parti. E per ciò stesso *quelle forme tutte devono riputarsi indispensabili allo scopo predetto;* poichè nessuna finzione legale può realizzarsi se non verificandosi le condizioni tutte, anche di solennità estrinseche, a cui la legge la subordini, *e tutto è necessariamente di rigore in materia d'atti solenni e di stato personale*. La forza di questi argomenti ci sembra realmente invincibile per tutte le *forme dirette a costituire col loro concorso il compimento solenne dell'atto di adozione*. Ma tra quelle che la legge prescrive ve ne sono pure alcune, le quali hanno uno scopo diverso, le quali tendono unicamente a *proteggere l'interesse privato dei terzi, od anche delle parti stesse contraenti*. Tali sono *il termine prefisso per la presentazione dell'atto* di consenso delle parti alla omologazione della Corte (art. 214 codice civile), la *proibizione di esprimere i motivi* del decreto (art. 216 cod. civ.), la *pubblicazione*, che con vari mezzi deve farsi del decreto medesimo (art. 218 cod. civ.). Ora l'inadempimento di queste formalità potrà bensì recar nocumento a quegl'interessi privati d'una delle parti o di terze persone, che la legge intese con esse a proteggere; ma non potrà dirsi che vengano a mancare perciò quei fini d'ordine pubblico, ai quali la legge indirizzò le forme da essa prescritte come integranti l'atto di adozione. Ecco dunque quale ci parrebbe la distinzione più razionale per discernere quelle, tra le forme prescritte dalla legge per l'adozione, la cui

(1) V. Principii generali sulle leggi, n. 106, pag. 712-714.

mancanza dovesse produrne la nullità. Questa deriverebbe dall'inadempimento d'una qualunque di *quelle formalità, che secondo la prescrizione dalla legge concorrono a costituire nel loro complesso la formazione dell'atto di adozione;* non delle altre, che sono stabilite per particolari scopi d'interesse privato dell'una o dell'altra delle parti, o di terzi. La quale distinzione ci è confermata da una disposizione espressa, colla quale il nostro codice ha innovato alle legislazioni precedenti. L'iscrizione dell'atto di adozione nei registri dello stato civile è per certo una formalità importante; e tanto che i commentatori del codice Francese la riputavano *essenziale*, e riguardavano l'adozione, per la quale quella formalità fosse rimasta inadempita. non solo come *annullabile*, ma come assolutamente *inesistente*. Pure la nostra legge escluse espressamente ogni idea di annullabilità dell'adozione per questa causa (art. 219, § 3°, codice civile); e ciò, come vedemmo (1), appunto per la ragione che si tratta d'una formalità prescritta soltanto nell'*interesse privato di coloro ai quali gli effetti dell'adozione potrebbero pregiudicare;* d'una formalità, che, ben lungi dal potersi considerare come *parte integrante nella formazione dell'atto* di adozione, lo presuppone *già perfetto anteriormente*, quale lo rende l'*omologazione pronunciata* dalla Corte.

Potendo, come ci sembra, fondarci su questi concetti, ci occuperemo ora delle principali applicazioni a cui si presterebbero; e se, come speriamo, le conseguenze appariranno ragionevoli, ciò tornerà a conferma del principio da cui partiamo.

106. La prima questione che può presentarsi riguarda il caso d'*incompetenza della Corte*, davanti alla quale siasi proceduto, a termini dell'art. 213 cod. civ. — Supponiamo che *non sia la Corte d'appello nel cui distretto ha domicilio l'adottante*, quella al cui presidente siansi presentate le

---

(1) V. sopra, n. 94, pag. 191-193.

parti, quella il cui cancelliere abbia ricevuto l'atto di loro consenso, quella infine a cui sia stato sottoposto l'atto medesimo, che nondimeno sia stato omologato. Seguendo i principii che crediamo di avere stabiliti, non parrebbe dubbio che l'atto dovesse considerarsi come *annullabile*, per causa di quella incompetenza.

Non trattasi forse di una *forma integrante l'atto di adozione?* Tanto ne è integrante, che, anzi, solo colla omologazione pronunciata dalla Corte, a cui la legge ne conferisce il potere, l'atto di adozione diviene giuridicamente perfetto. E la competenza stessa è poi determinata da motivi non riguardanti l'interesse privato d'una o d'altra persona, ma l'interesse pubblico impegnato in ciò, che quest'atto complementare dell'adozione, consistente nell'omologarla, sia deferito a quell'autorità la quale possa con miglior fondamento pronunciarsi intorno all'esistenza delle condizioni, in vista delle quali soltanto la legge vuole accordare la sua sanzione all'adozione, e farne una finzione giuridica di rapporti somiglianti a quelli della filiazione legittima, ed attribuirle effetti importantissimi modificanti anche lo stato personale. Imperciocchè è appunto *la Corte d'appello nel cui distretto ha domicilio l'adottante*, che può con maggiore facilità e sicurezza verificare *la buona fama dell'adottante stesso* e la *convenienza dell'adozione* (articolo 215 n. 2° e 3° codice civile).

Contro quest'opinione, confortata dall'avviso concorde degli autori francesi, si è però pronunciato il *Borsari*. “ La competenza della Corte — egli dice — sembra fra le “ cose di maggior conto. È da notarsi tuttavia che si tratta “ di *competenza relativa*, non essendo che *territoriale;* segue “ che *qualora le parti interessate non l'abbiano opposta, nè* “ *esse nè i terzi potranno giammai sollevare la eccezione dopo* “ *la pronuncia del decreto* „.

Questo ragionamento ci porterebbe a supporre che si trattasse di competenza *in materia contenziosa*, e in tal caso esso sarebbe perfettissimo. Ma rammentiamo che qui si

versa *in materia di giurisdizione volontaria;* e la competenza della Corte, da cui deve procedere l'omologazione, non è altro che *una delle condizioni sotto le quali soltanto la legge ammette l'adozione.* Come si può dunque concedere che *la volontà delle parti* basti a far prescindere da questa condizione? D'altro lato, come supporre che le parti, le quali sarebbersi rivolte esse stesse ad una Corte diversa da quella assegnata dalla legge, ne oppongano l'incompetenza? Posto anche il caso, poco probabile, che avessero presentate le loro istanze a quella Corte per un errore, di cui si accorgessero prima che il decreto fosse pronunciato, non avrebbero bisogno di *opporre l'incompetenza;* poichè basterebbe la semplice *rivocazione*, che ciascuna di esse può fare liberamente, dell'atto di consenso (art. 217 codice civile). E i terzi come potrebbero esser costretti a soffrire irrimediabilmente gli effetti di un'adozione, che sarebbesi compiuta coll'omologazione d'una Corte non avente autorità a ciò, essi che nel procedimento non possono intervenire, quantunque vi siano interessati, e tutt'al più possono presentare memorie ed osservazioni, delle quali può anche non essere tenuto alcun conto?

107. Vedemmo altrove che il termine *di dieci giorni*, entro i quali, a norma dell'art. 214 cod. civ., dev'essere presentato alla Corte l'atto di adozione affinchè sia omologato, non può dirsi veramente ed assolutamente *perentorio;* ma che nondimeno l'osservanza di quel termine costituisce sempre *una delle condizioni di cui la legge richiede l'adempimento;* epperò, eccettuati i casi che la presentazione tardiva fosse fatta da *ambedue le parti*, od essendo fatta da una sola di esse *constasse che anche l'altra parte ne fosse informata*, la Corte dovrebbe *negare l'omologazione* (1). Ma se invece l'avesse conceduta, sarebbe questa una *causa di nullità dell'adozione?* Accettiamo in ciò pienamente l'opi-

---

(1) V. sopra, n. 81, pag. 158 e seg.

nione negativa del *Borsari*, conforme a quella del maggior numero degli autori francesi. Questo termine non è certamente da annoverarsi tra le forme *il cui adempimento concorre ad integrar l'atto di adozione;* è una semplice *disposizione regolamentare*, avente per iscopo, come vedemmo, d'impedire che rimanga lungamente indecisa quella modificazione di stato personale, che dal perfezionamento dell'adozione dovrebbe derivare. Ma l'essersi definito, più tardi che la legge non avrebbe voluto, questo rapporto giuridico, non è ragione che possa giustificare l'annullarlo. È vero che, secondo la nostra legge, accennammo esservi un'altra grave ragione, per cui fu prefisso un sì breve termine, quella, cioè, di evitare ogni sorpresa a danno di una delle parti per fatto dell'altra, che promuovesse dopo lungo tempo l'omologazione d'un'adozione di cui riguardavasi oramai come abbandonato il progetto (1); ed è appunto per ciò che la Corte potrebbe e dovrebbe respingere la tardiva istanza di omologazione presentata dal solo adottante o dal solo adottato, quando non le risultasse in qualche modo che l'altro ne fosse conscio. Ma infine, se la Corte avesse ritenuto, per le informazioni assunte, che tutto fosse proceduto di pieno accordo tra le parti, e perciò avesse pronunciata l'omologazione, non dovrebb'esser lecito a quella di esse, che non avesse figurato nel ricorso, d'impugnare l'adozione per questa sola causa della inosservanza del termine stabilito dall'art. 214; mentre in ogni peggiore ipotesi essa non avrebbe che da imputare a sè stessa di non avere usato del mezzo che la legge le offriva per rendere assolutamente impossibile il compimento della adozione, quello, cioè, di *rivocare il consenso* (art. 217, § 1°, codice civile).

108. Il *Borsari* annovera tra le forme la cui inosservanza apporterebbe nullità dell'adozione, l'*intervento attivo*

---

(1) V. sopra, n. 80, pag. 156-157.

del pubblico ministero. E non ci par da dubitare dell'esattezza di tale insegnamento. L'avviso del pubblico ministero, in cosa qual'è questa essenzialmente d'ordine pubblico, deve essere necessariamente riguardato come una delle forme integranti l'atto di adozione, in quanto guarentisce viemmeglio l'accertamento delle condizioni imposte dalla legge, prima che quell'atto ne riceva la sanzione solenne e definitiva col mezzo della omologazione, che la Corte è chiamata a pronunziare. È quindi indispensabile che dal decreto stesso della Corte risulti essere stato sentito in camera di consiglio il pubblico ministero.

109. Produrrebbe nullità l'essersi contravvenuto alla disposizione proibitiva contenuta nell'articolo 216, secondo cui la Corte deve pronunciare il suo decreto *senza esprimerne i motivi?* " Decreto motivato non sarebbe regolare, " ma nullo non può essere „ dice il *Borsari.* E infatti la ragion del divieto di motivazione consiste, come abbiam veduto, nell'evitare il danno che potrebbe soffrire la riputazione dell'adottante *qualora la Corte negasse l'omologazione;* motivo non concernente la formazione dell'atto e l'interesse pubblico che vi si annette, ma solo l'*interesse privato* d'una delle parti, dell'adottante. Molto meno poi potrebbe essere annullata l'adozione perchè nel decreto, che l'avesse omologata, ne fossero stati espressi i motivi, dichiarando adempite tutte le condizioni della legge e provata la buona fama dell'adottante e la convenienza della adozione, il che tutto, del resto, risulta già implicitamente ma necessariamente dal solo dichiararsi che *si fa luogo all'adozione.*

110. Sarebbe vano muovere il dubbio che potesse impugnarsi di nullità l'adozione, perchè fossero state omesse la pubblicazione, le affissioni ed inserzioni di cui nell'articolo 218. I motivi di queste formalità, dirette a proteggere gl'interessi dei terzi, a cui gli effetti dell'ado-

zione potessero recar pregiudizio, non possono certamente farle riguardare come integranti la formazione dell'atto di adozione, il quale anzi si suppone già compiuto legalmente in precedenza, colla omologazione pronunziatane dalla Corte (1). D'altra parte, ad assicurare l'osservanza di queste sue disposizioni, la legge ha provveduto con una sanzione diversa; la quale, non che togliere la necessità di ricorrere all'annullamento dell'adozione, esclude anzi manifestamente l'idea di una tale nullità. Infatti le pubblicazioni ed inserzioni di cui nell'art. 218 debbono precedere l'annotazione dell'atto nei registri dello stato civile, la quale *non può aver luogo che sulla presentazione.... dei certificati delle seguite pubblicazioni ed inserzioni* (art. 219 § 2° cod. civ.); e la mancanza dell'annotazione non produce altra conseguenza fuorchè quella di *non essere opponibili ai terzi gli effetti dell'adozione, se non dal giorno in cui l'annotazione sarà eseguita* (d° art. 219 § 3° cod. civ.). Questa è dunque la sanzione determinata dalla legge, tanto per l'esecuzione delle pubblicazioni prescritte pel decreto di omologazione, quanto per l'annotazione dell'atto nei registri dello stato civile; ed è anche il mezzo di sanzione più razionale e conforme ai motivi delle disposizioni di legge delle quali si vuole assicurare l'osservanza, poichè questi motivi riguardano unicamente gl'interessi dei terzi, ai quali possa recar pregiudizio l'opporre loro gli effetti dell'adozione.

111. Considerazioni somiglianti a quelle che ora esponemmo possono anche rispondere all'altro quesito: se l'adozione debba riguardarsi come nulla perchè sia stata trascritta nei registri d'un uffizio di stato civile, che non sia quello dov'è iscritto l'atto di nascita dell'adottato. Notiamo, innanzi tutto, che non potrebbe presentarsi veramente la semplice *questione d'incompetenza dell'uffiziale di stato civile*, che fosse stato richiesto di trascrivere sui registri ed

(1) V. sopra, n. 86, pag. 179-180.

annotare in margine dell'atto di nascita dell'adottato l'atto di adozione, se non nel caso poco frequente che l'adottato *fosse nato fuori del comune in cui avessero avuto domicilio o residenza i genitori di lui.* Allora l'atto di nascita trovandosi *iscritto nei registri di stato civile del luogo* in cui la nascita avvenne, e trascritto in quelli del comune dove al tempo della nascita erano *domiciliati o residenti i genitori* (art. 379 codice civ.), sarebbe *possibile materialmente* l'esecuzione completa delle formalità ordinate dall'articolo 219, tanto nell'uno quanto nell'altro uffizio di stato civile; mentre *legalmente sarebbe competente il solo uffiziale di stato civile nei cui registri fosse trascritto l'atto di nascita dell'adottato, quello cioè del luogo in cui fosse avvenuta la nascita di lui.*

Negli altri casi ordinari, in cui la nascita dell'adottato si fosse verificata nel luogo di domicilio o residenza dei genitori, se per l'adempimento della formalità voluta dall'articolo 219 si fosse ricorso ad altro uffiziale di stato civile che quello del luogo predetto, non sarebbe caso soltanto d'*incompetenza*, ma *d'incompleto adempimento delle formalità ordinate dalla legge;* perciocchè, quand'anche fosse stata eseguita la *trascrizione dell'atto di adozione nei registri* non sarebbesi mai potuta fare *l'annotazione in margine dell'atto di nascita*, che in quei registri non si troverebbe.

Ad ogni modo rimarrebbe sempre il dubbio che tanto per questo imperfetto adempimento delle formalità richieste, quanto ancora per l'incompetenza dell'uffiziale di stato civile, che a richiesta degl'interessati avesse operata la trascrizione, potesse pretendersi nulla l'adozione. La nullità era infatti generalmente ritenuta dai commentatori del codice Francese; nel quale però questa opinione avea fondamento nella disposizione speciale, con cui si dichiarava *restare senza effetto l'adozione, che non fosse iscritta, entro tre mesi dalla sentenza che l'ammettesse, sul registro di stato civile del luogo di domicilio dell'adottante* (artic. 359 codice Francese).

Al contrario il nostro art. 219 § 3° stabilisce come sola sanzione, per la mancanza di annotazione dell'atto nei registri dello stato civile, che *gli effetti dell'atto medesimo non siano opponibili ai terzi finchè quell'annotazione non sia eseguita.* È forse possibile una sanzione diversa e più grave, quale sarebbe quella della *nullità dell'adozione*, perchè la formalità prescritta dalla legge, in luogo d'essere stata completamente omessa, sia stata imperfettamente eseguita e ricorrendo ad un funzionario incompetente? È troppo evidente l'assurdità che vi sarebbe nel rispondere affermativamente. Se la formalità non è eseguita in ogni sua parte, se l'uffiziale a cui si ricorse era incompetente, tutto ciò che potrà derivarne sarà di riguardare come non avvenuta, per tutti gli effetti di diritto, quella trascrizione non conforme alle disposizioni della legge; e la sanzione non potrà dunque essere differente da quella che l'art. 219 § 3° stabilisce pel caso in cui la predetta formalità sia rimasta assolutamente inadempita.

112. (*c*). Da quali persone può essere provocata la dichiarazione di nullità, per le cause sopra indicate e riguardanti sì le condizioni intrinseche che le solennità estrinseche dell'adozione? Il codice non ha disposizioni per quest'oggetto, come non ne ha per la determinazione delle cause stesse di nullità; è quindi necessario anche qui di ricorrere ai principii generali, la cui applicazione non ha però mancato di produrre qualche conflitto di opinioni tra gli autori.

Non può contrastarsi, in massima, che la distinzione tra *nullità assolute e relative* sia applicabile anche in questa materia. La difficoltà consiste solo nel discernere, tra le diverse cause di nullità, quelle che debbano assegnarsi all'una od all'altra classe.

Gli autori partono generalmente dal principio che “*quando una nullità sia d'ordine pubblico, possa invocarla qualunque persona interessata*”. Stabiliscono quindi la

massima, che la nullità dell'adozione debba *essere assoluta quando le cause da cui deriva siano d'ordine pubblico, relativa quando al contrario le cause che la producano siano d'interesse privato.* Tutto il contrasto si restringe perciò a disputare se certe cause di nullità siano d'*ordine pubblico* o d'*interesse privato.*

Esponendo i principii generali sulle nullità degli atti, manifestammo qualche idea la quale non si accorderebbe totalmente con un principio così assoluto; e per quanto dobbiamo dubitare di noi, non possiamo esimerci dal richiamarla.

Il parlare così genericamente dell'*ordine pubblico* è dir cosa che non ha limiti sicuramente ben definiti; perciocchè, se v'hanno disposizioni di legge il cui *motivo diretto ed unico* è appunto d'*ordine pubblico*, come quelle riguardanti i buoni costumi, la sicurezza pubblica ecc., altre ve ne sono le quali hanno di mira principalmente un *interesse privato*, ma influiscono poi più o meno essenzialmente sull'*ordine generale*; ed è chiaro che per quest'ultima classe di disposizioni si entra in un campo vastissimo, i cui confini non possono essere determinati con criteri infallibili, ma con apprezzamenti, dei quali può talora essere grandissima l'incertezza. Ora — noi dicevamo — *quando la nullità dipende da violazione di leggi i cui motivi siano unicamente d'interesse pubblico diretto*, quella nullità dovrà essere per sè stessa *assoluta.* Ma se all'opposto la nullità sia effetto della contravvenzione a leggi motivate direttamente e principalmente dall'interesse privato, ma insieme toccanti più o meno essenzialmente all'ordine generale, quella nullità potrà essere — non meno di quelle d'*ordine puramente privato* — talvolta *assoluta*, tale altra *relativa*; dovendosi però ritenerla *assoluta*, sempre chè dai motivi pei quali è stabilita non risulti chiaramente ch'essa *sia stata introdotta unicamente a vantaggio di certe persone* (1).

---

(1) V. Principî generali sulle leggi, n. 108, pag. 732 e seg.

Niuno dubita, per esempio, che siano *d'ordine pubblico*, nel lato senso di questa parola, le leggi concernenti la minorità e l' interdizione, come d'ordine pubblico si considera tutto ciò che riguardi *allo stato delle persone*. Pure la nullità di un atto, per incapacità derivante da minorità o da interdizione di chi n'è autore, non è assoluta, ma *relativa*.

Ritenendo queste idee ed applicandole alla materia che ci occupa, è chiaro che nessuna delle condizioni intrinseche od estrinseche, richieste dalla legge per l'adozione, potrebbe considerarsi come *avente per motivo unico l'interesse pubblico diretto*. Esse tutte sono stabilite *direttamente per l'interesse privato*, principalmente per quello dell'adottato, ed anche, sotto certi rispetti, per quello dell' adottante e della famiglia di lui; sebbene indirettamente riguardino eziandio a ragioni d'ordine generale. Non è dunque da ritenersi, tacendone la legge, che l'inadempimento di tutte indistintamente quelle condizioni cagioni nullità assoluta: ma dovendosi generalmente considerarla come tale, potrà tuttavia essere *relativa quando dai principii generali di diritto, o dai motivi speciali che fanno stabilire la nullità, risulti chiaro ch'essa sia introdotta soltanto a vantaggio di certe persone*.

113. È indubitabile, innanzi tutto, che la nullità derivante dall'essere stato prestato *per errore*, *estorto con violenza o carpito con dolo* il consenso all'atto dell'adozione (1) non può essere che *relativa*. È questa un'applicazione indiscutibile dei principii generali di diritto; e tutti sono d'accordo su ciò. Per questa causa di nullità non potrebbero quindi agire altri che *l'adottante o l'adottato il cui consenso fosse stato imperfetto, o gli eredi di lui*. Massime simili dovrebbero ritenersi, a parer nostro, anche per la nullità derivante da *interdizione giudiziale*, in cui si trovasse costituito l'adot-

(1) V. sopra, n. 62, pag. 117; n. 103, pag. 215.

tante o l'adottato, che però fosse stato sano di mente al momento in cui prestava il consenso all'adozione (1) (articolo 335 § 2° cod. civ.).

114. Un dubbio abbastanza grave può invece presentarsi nel caso che manchi il consenso del padre, della madre o del coniuge dell'adottante o dell'adottato, o manchi l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela per l'adottato in minore età.

Una questione simile agitavasi anche sotto il codice Francese; il quale però, come altrove osservammo, differiva dal nostro in ciò, che *per l'adottante* richiedeva soltanto il *consenso del coniuge* di lui, e *per l'adottato* non esigeva che *il consenso dei genitori* quando egli non avesse ancora compito il venticinquesimo anno di età.

V'erano autori, i quali insegnavano che la mancanza di consenso, sì del padre e della madre dell'adottato minore di 25 anni, che del coniuge dell'adottante, producesse sempre una *nullità assoluta*, opponibile quindi *da qualunque persona* avente *interesse legittimo* (2).

Altri al contrario distingueva il caso che non avessero prestato il consenso il padre e la madre dell'adottato minore di 25 anni, dall'altro in cui mancasse il consenso del coniuge dell'adottante; e considerava la nullità come *relativa nel primo*, come *assoluta nel secondo* caso (3).

Adducevasi in appoggio di quest'ultima opinione, che il consenso del padre e della madre era richiesto *nell'interesse privato dell'adottato minore di 25 anni;* mentre il consenso del coniuge dell'adottante era voluto per lo *scopo d'ordine pubblico*, di assicurare la tranquillità della famiglia.

Tra gl'interpreti del codice nostro prevale il concetto della *nullità relativa per tutti i casi* di mancanza del con-

---

(1) V. sopra, n. 64, 93, 104, pag. 122, 190, 215.

(2) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 558, n. 9; Laurent, t. IV, n. 233, pag. 320.

(3) V. Demolombe, t. VI, n. 204, 207.

senso richiesto dagli articoli 208 e 209 (1). Altri però ha insegnato non esservi altra causa di nullità relativa dell'adozione fuor di quella dipendente da *vizii del consenso*; tutte le altre doversi riguardare come *nullità assolute* (2).

Seguendo le massime ricordate nel numero precedente, dobbiamo indagare se nei principii generali di diritto, o nei motivi speciali per cui la legge ha stabilita la necessità del consenso od approvazione di cui negli articoli 208 e 209, si trovino ragioni per cui la nullità derivante dalla inosservanza di tali disposizioni debba considerarsi come introdotta *a vantaggio soltanto di certe persone*, sicchè la nullità stessa debba ritenersi come *relativa*; mentre in caso diverso sarebbe inevitabile il qualificarla come *assoluta*. Studiando la questione sotto tale aspetto, ci pare indispensabile distinguere se si tratti del consenso del padre e della madre o dell'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela per l'*adottato minore di età*, o si tratti del *consenso del padre o della madre o del coniuge dell'adottante o dell'adottato maggiore di età*. E riputiamo che nel primo caso la semplice applicazione dei principii generali di diritto dovrebbe far considerare come *solamente relativa* la nullità dell'adozione del minore di età, che fosse stata operata senza il consenso dei genitori o l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela. La causa della nullità consisterebbe qui nell'inadempimento d'una forma abilitante, necessaria ad integrare la capacità del minore pel consenso ch'egli presta all'adozione; per un contratto in fine. Ora è massima generale che la incapacità personale ai contratti produce sempre una nullità *relativa alla persona incapace*, non opponibile dall'altro contraente nè da chiunque altro vi abbia interesse (articolo 335 § 2°, 1107 cod. civ.). E questa massima è conforme a ragione ed ai principii, che indicammo come regolatori della distinzione tra le nullità assolute e relative; imper-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 537, pag. 371; Borsari, *Comm.*, art. 217, §§ 508 (*e*) e 509 (*g*).
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 120.

ciocchè il carattere tutto *protezionale* delle leggi, concernenti la incapacità personale per minorità o interdizione, e le corrispondenti forme abilitanti e la sanzione pel caso in cui non siano adempite, deve necessariamente far considerare la *nullità* costituente questa sanzione come *introdotta a solo benefizio dell'incapace*. Non vi sarebbe motivo perchè questi principii di ragione non dovessero osservarsi per la nullità del contratto formante base dell'adozione, dipendentemente dall'incapacità dell'adottato, che essendo minore di età non fosse stato autorizzato dalle persone a ciò deputate dalla legge, secondo gli articoli 208 e 209.

Non sono però così chiare le cose nell'altro caso di *mancanza del consenso del padre, della madre o del coniuge dell'adottante o dell'adottato maggiore di età*. Il motivo della nullità dell'adozione è allora evidentemente affatto estraneo ad ogn'idea d'*incapacità personale della parte*, e quel motivo consiste non tanto in ragioni di semplice interesse privato morale e pecuniario dei genitori e del coniuge dell'adottante e dell'adottato, ma eziandio in ragioni d'*interesse della famiglia*, la cui tranquillità potrebb'essere turbata dall'adozione che si operasse contro la volontà di quelle persone (1). Quest'ultima considerazione appunto ha fatto dire da qualche autore, come sopra riferimmo, che il motivo della nullità non essendo di solo interesse privato, ma d'*ordine pubblico*, come lo è appunto la conservazione della pace e dell'ordine nella famiglia, debba quindi la nullità stessa giudicarsi *assoluta*. — Senonchè un'altra riflessione sembra doversi fare, per la quale, a veder nostro, muterebbesi l'aspetto dell'argomento. L'*interesse della famiglia* entra per certo nelle viste che determinarono a porre per condizione dell'adozione il consenso dei genitori e del coniuge dello adottante e dell'adottato ; e questo motivo, non v'ha dubbio ancora, è *d'ordine pubblico*. Ma, infine, quand'è che potrà verificarsi quel turbamento della pace domestica, che si

(1) V. sopra, n. 22, pag. 56 e seg.; n. 33, pag. 73 e seg.

intese di evitare? Unicamente quando l'adozione si operi e si mantenga *contro la volontà dei genitori o del coniuge* dello adottante o dell'adottato. Se quelle persone, quantunque non abbiano prestato il consenso all'atto dell'adozione pure accettino il fatto compiuto, nè vogliano esercitare l'azione di nullità, cesserà per ciò stesso il pericolo che sia turbato l'ordine familiare e scomparirà così ogni ragione d'*ordine pubblico*. Parrebbe dunque che ben addentro considerati i motivi della nullità di cui si tratta, dovesse essa ritenersi come introdotta solo nell'interesse dei genitori e del coniuge dell'adottante e dell'adottato, e perciò puramente *relativa*.

Ma, come tale, potrà essa dunque essere opposta soltanto *dalle persone di cui era richiesto e non fu dato il consenso*, od anche *dall'adottante o dall'adottato* pel quale quel consenso era necessario?

Il *Borsari* segue la prima opinione. Parlando *della mancanza del consenso delle persone, le quali devono autorizzare il minore secondo le prescrizioni degli articoli* 208 *e* 209, egli dice che solo " quelli che dovevano dare la loro approvazione e non furono richiesti o dissentirono avranno qualità per impugnare il contratto ". Parlando poi *della mancanza di consenso del coniuge*, proclama essere " un errore il dire che l'azione di nullità spetta ad altri che allo stesso coniuge ".

Il *Pacifici-Mazzoni*, all'opposto, insegna che quella nullità potrà farsi valere *tanto dalle persone di cui era richiesto il consenso, quanto dall'adottante o dall'adottato che ne aveva bisogno*.

Ma per rispondere con esattezza al quesito, sembra necessario attenersi ad una distinzione, che già sopra accennammo. Si tratta della mancanza di consenso dei genitori o di approvazione del consiglio di famiglia o tutela *per l'adottato minore di età?* O si tratta della mancanza di consenso del padre, della madre o del coniuge dell'adottante o dell'*adottato maggiorenne?* Nel primo caso la nullità potrà

essere proposta tanto dall'adottato stesso, quanto dalle persone che dovevano dargli la loro approvazione per l'atto in cui egli consentiva; poichè in questo caso speciale la nullità, secondo i motivi nei quali è fondata, non è introdotta soltanto per queste persone, la cui autorità fu trascurata facendo l'atto senza il loro consenso od approvazione, ma anche pel minore stesso, la cui imperfetta capacità volevasi integrare con quel consenso o quella approvazione. Ciò è manifestamente conforme ai principii, dei quali il legislatore medesimo ha fatta espressa applicazione trattando della nullità del matrimonio per causa somigliante (articolo 108 codice civile).

Ma nel secondo caso, la nullità non potrebb'essere opponibile, se non dal padre o dalla madre o dal coniuge, che non avessero prestato il consenso necessario da parte loro; giacchè ad essi soltanto riguardano, come vedemmo, i motivi pei quali la nullità è introdotta. Come potrebbe l'*adottante* o l'*adottato maggiore di età* essere ammesso ad impugnare l'adozione adducendo la violazione da lui stesso commessa della legge, che gl'imponeva di riportare il consenso dei suoi genitori e del coniuge? Per simile ragione vedemmo dal citato art. 108 § 2° essere negato al figlio, che abbia contratto matrimonio senza il consenso dei genitori, di potere impugnare per questa causa il matrimonio stesso, se al tempo in cui lo contrasse *era maggiore di 21 anni*, sebbene non avesse ancora compiuto il venticinquesimo.

Amendue le opinioni, in apparenza opposte, dei citati autori ci sembrano dunque accettabili; ma quella del *Borsari* solamente pel caso che si tratti di mancanza del consenso *del padre, della madre o del coniuge dell'adottante o dell'adottato maggiore di età;* quella del *Pacifici-Mazzoni* solamente pel caso che si tratti di mancanza del consenso *del padre e della madre dell'adottato minorenne*, o dell'*approvazione del consiglio di famiglia o di tutela.*

115. Tutti sono d'accordo nell'ammettere che ogni altra causa di nullità dell'adozione, derivi poi essa da *inadempimento delle condizioni intrinseche* o da *inosservanza delle regole di competenza o di forma* stabilite dalla legge, debbasi considerare come *assoluta*. — E in verità nessuna di quelle condizioni o regole di competenza o di forma potrebbesi immaginare come stabilita *per l'interesse particolare d'una o d'altra persona*. Tutte le condizioni intrinseche sono dirette allo scopo che l'adozione, effettuabile pel loro concorso, corrisponda ai fini pei quali è istituita, non turbi le relazioni famigliari, e meriti perciò di ricevere la sanzione della legge, e possa far luogo ad una modificazione di stato personale. Le regole poi di competenza e di forma non tendono ad altro che ad accertare nel miglior modo l'esistenza di quelle condizioni intrinseche. Come scorgere in tutto ciò qualche cosa d'*interesse privato ed esclusivo d'una determinata persona*, sicchè a lei sola possa riguardarsi come *relativa* la nullità derivante dalla inosservanza di quelle condizioni e regole?

Coll'applicazione dei principii fondamentali sopra ricordati, intorno alla distinzione delle nullità assolute e relative, e nel silenzio che la legge ha serbato intorno a quelle derivanti da inosservanza delle condizioni intrinseche e delle regole di competenza e di forma per l'adozione, non è dunque possibile qualificarle altrimenti che come *assolute*.

116. Resta a determinarsi da quali persone queste nullità possano essere proposte. Intorno a che soccorre la massima generale, che *le nullità assolute sono opponibili da qualunque persona avente interesse*.

Tuttavia nelle applicazioni di questo principio alla materia di cui ci occupiamo può presentarsi qualche difficoltà, che importa risolvere.

E prima si domanda: se la dichiarazione di nullità possa essere richiesta *dalle parti stesse*, dall'adottante o dall'adottato. Che ciascuno di essi abbia per questa dichiarazione

un interesse sufficiente a dar fondamento all'azione, non può dubitarsi. Hanno un *interesse morale*, riguardante il loro stato personale; possono avere eziandio *interessi pecuniari* eventuali, a sciogliersi dai rapporti giuridici d'una specie di parentela fittizia non conforme alla legge. Ma non potrebbesi opporre che essendo essi medesimi autori dell'atto di adozione, non fosse ad essi lecito il venir contro il fatto proprio? che avendo agito come *parti* nel procedimento, in seguito al quale è stato pronunciato a loro istanza il decreto di omologazione, non potessero essere ammessi ad impugnarlo? Queste obbiezioni sarebbero evidentemente infondate. L'adottante e l'adottato consentirono; ma il loro consenso non bastava a costituire perfetta l'adozione, se non col concorso delle altre condizioni e formalità prescritte dalla legge. Se queste non si sono verificate, se quindi l'adozione è nulla, il consenso, sebbene validamente prestato dalle parti, non può dunque essere di ostacolo ad esse per far valere la nullità procedente da altre cause. È vero poi che l'adottante e l'adottato sono parti nel procedimento di omologazione; ma il decreto che la pronunzia non ha, come già osservammo, *autorità di cosa giudicata*; e d'altronde, quando essi chiedono la dichiarazione di nullità, non è propriamente *il decreto* che impugnano, ma l'adozione stessa, siccome mancante di qualcuno dei requisiti intrinseci od estrinseci necessari alla sua validità.

Si chiede, in secondo luogo, se l'azione di nullità spetti anche agli *eredi* dell'adottante o dell'adottato. E poichè essa avrebbe potuto essere esercitata dalle parti, parrebbe per ciò stesso che, in massima, non si dovesse escluderla pei loro eredi. È però da riflettere che il fondamento principale, per cui si giustifica l'essere proponibile la nullità assoluta dell'adozione dall'adottante stesso o dall'adottato consiste, come notammo, nell'*interesse morale* ch'essi *personalmente* hanno alla dichiarazione di tale nullità; e che, sotto questo rispetto, l'azione non potrebbesi considerare come *trasmissibile agli eredi*. Bisogna dunque che essi

possano allegare un *interesse pecuniario, legittimo ed attuale*, alla dichiarazione di nullità. E se questo interesse si verifica necessariamente sempre *per gli eredi legittimi dell'adottante* — ai quali l'annullamento dell'adozione serve di mezzo per sostenere i loro diritti successorii contro l'adottato — non è facile all'opposto, quanto agli *eredi dell'adottato*, l'immaginare ch'essi abbiano veramente un interesse legittimo ed attuale a far annullare l'adozione; poichè questa non attribuisce all'adottante altro diritto pecuniario che quello di *alimenti* (art. 211 cod. civ.), che rimane estinto colla morte dell'adottato a cui ne incomba l'obbligazione (art. 146 codice civ.). Saranno dunque, in generale, i soli *eredi dell'adottante*, che potranno domandare la dichiarazione di nullità dell'adozione, e gli *eredi dell'adottato* non lo potranno che in qualche raro e specialissimo caso, in cui anche per loro si verifichi eccezionalmente un *interesse legittimo ed attuale;* come sarebbe se l'adottante avendo ricevuto gli alimenti per un certo tempo dall'adottato, e dopo la morte di quest'ultimo essendo l'altro pervenuto a migliore fortuna, si potesse coll'annullamento dell'adozione far luogo a ripetere come indebito ciò che fosse stato pagato *a titolo di prestazione obbligatoria di alimenti.*

Agli eredi dell'adottante non potrebbe, evidentemente, essere opposto che l'adozione da essi impugnata, essendo stata esente d'ogni reclamo da parte del loro autore, avesse a riguardarsi come *tacitamente ratificata* da lui, epperò dovessero anche i successori suoi rispettarla; chè anzi neppur varrebbe una *conferma espressa* che l'adottante avesse fatto, giacchè trattandosi di *nullità assoluta e d'ordine pubblico*, la ratifica non può aver luogo. Solo nei casi in cui l'adozione fosse viziata per una delle cause da cui dimostrammo derivare una *nullità relativa*, potrebbe questa essere sanata colla *conferma*, che fosse operata da quelle stesse persone da cui la nullità sarebbe stata proponibile. D'altro lato gli eredi, piuttostochè in rappresentanza del loro autore, *agiscono in proprio nome* e per mantenere i

diritti che loro accorda la legge, allorchè, per sostenere contro l'adottato i loro diritti successorii, adducono che non potevano essere pregiudicati per effetto d'un'adozione non conforme alla legge.

Ma quando si trattasse d'un'adozione *omologata dopo la morte dell'adottante,* a termini dell'art. 217, § 2°, gli eredi, che approfittando della facoltà loro conceduta dal paragrafo terzo del medesimo articolo avessero contestato l'ammissibilità dell'adozione, potrebbero tuttavia impugnarla di nullità dopo che contro le loro istanze fosse stata ammessa? Non ci sembra da dubitarne. Furono, è vero, ascoltati nelle loro opposizioni; ma per mezzo di semplici *memorie ed osservazioni,* senza che questo potesse considerarsi come parificabile ad un *intervento in causa,* senza che il decreto potesse acquistare per loro autorità di cosa giudicata; e se hanno ragioni per sostenere che quell'adozione, sebbene omologata, sia nulla a termini di legge, devono dunque essere ammessi a farle valere colle guarentigie e nei gradi della ordinaria giurisdizione contenziosa.

Si è fatta questione: se i *parenti dell'adottante* possano, anche lui vivente, promuovere la dichiarazione di nullità dell'adozione, fondandosi sull'*interesse morale* ch'essi hanno ad impedire che altri *usurpi il nome di famiglia,* che ad essi appartiene. Ma la questione fu a buon diritto risoluta negativamente. Non basta un *qualunque interesse morale,* per dar fondamento ad un'azione: vi basta bensì quell'interesse morale che si annette allo *stato personale proprio,* perchè la legge in più casi lo ammette espressamente. Ma i parenti dell'adottante non potrebbero allegare un interesse concernente il loro *stato personale;* dappoichè *l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante* (art. 212, § 2°, cod. civ.). È vero poi che si ammette, per ogni persona appartenente ad una famiglia, la facoltà di reclamare *contro chi usurpi il nome, i titoli e le prerogative spettanti alla famiglia stessa;* ma qui non trattasi veramente di *usurpazione di nome.* L'adottato *assume il cognome dello*

adottante (art. 210 cod. civ.) in virtù di un titolo apparentemente legittimo, e tale proclamato con decreto d'una *Corte d'appello*. La questione consiste unicamente nel sapere se quel titolo sia *viziato di nullità;* ma per ciò stesso non possono essere applicabili altri principii fuorchè quelli riguardanti l'azione di nullità, non quelli concernenti le *usurpazioni di nome*.

Queste massime sono generalmente ammesse dagli autori (1).

117. (*d*). La nullità dell'adozione può essere proposta, nei casi e dalle persone che sopra dimostrammo, tanto *in via di azione che di eccezione*.

In quanto alla competenza ed alle forme del giudizio, non abbiamo che a riferirci a quanto già accennammo in altro luogo (2).

118. (*e*). Resta di rispondere ad un ultimo quesito, che non è certamente il meno importante nè il meno controverso in questa materia. L'azione di nullità è estinguibile qui per prescrizione? In caso affermativo, sarà applicabile la prescrizione ordinaria di trent'anni, od un decorso di tempo più breve?

Vi sono autori che opinano doversi considerare l'azione di nullità dell'adozione, qualunque ne sia la causa, come *imprescrittibile*. Qualcuno ritiene anzi che tutte indistintamente le condizioni necessarie per l'adozione siano *di essenza*, e la loro mancanza produca perciò non tanto l'*annullabilità*, quanto l'*inesistenza giuridica* dell'atto (3). Qualche altro, che non confonde così le *condizioni richieste per la validità* dell'adozione con quelle che sono *essenziali per l'esistenza* di essa, professa però la massima generale

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 210-211; Aubry et Rau, t. IV, § 558, 2° (*c*), n. 6, 7, 8; Laurent, t. IV, n. 223, 234; Borsari, *Comm.*, art. 217, § 510, p. 801.
(2) V. sopra, n. 85, pag. 175 e seg.
(3) V. Marcadé, art. 360, § III, t. II, n. 121.

della *imprescrittibilità d'ogni azione di nullità dell'adozione;* fondandosi nella considerazione, che *trattasi d'una questione di stato personale*, e che questo non può mai acquistarsi nè perdersi per prescrizione; non lo può uno *stato fittizio*, come quello derivante dall'adozione, più di uno *stato vero*, come quello di filiazione legittima o naturale (1).

Vi sono altri ancora che *per tutti i casi di nullità, o assoluta o relativa*, ammettono la prescrizione, ma solamente la *trentennaria;* osservando *non esservi alcun motivo per sottrarre l'azione di nullità a quella prescrizione, per la quale qualunque azione si estingue*, ma d'altra parte non potersi applicare la più breve prescrizione stabilita per le azioni di *nullità relativa dei contratti ordinari*, poichè qui trattasi infine d'un *atto dello stato civile* (2).

V'è da ultimo chi distingue le *nullità assolute* dalle *relative;* e per le prime ritiene, in generale, l'*imprescrittibilità* osservando però che se l'azione di nullità si fondi sovra *interessi pecuniari*, debba essere soggetta alla *prescrizione ordinaria di trent'anni;* per le *relative* poi, sia che dipendano da *vizii del consenso dell'adottante o dell'adottato*, o da *mancanza del consenso del padre o della madre dell'adottato*, insegna essere sempre opponibile la prescrizione, e non solo la *trentennaria*, ma quella più breve per cui si estinguono le *azioni di nullità dei contratti* (3).

Venendo ai commentatori nostri, nessuno di essi esclude assolutamente il principio della prescrittibilità; ma taluni distinguono le nullità *assolute* dalle *relative*, ritenendo che per le prime facciasi luogo ad opporre la *prescrizione trentennaria* solamente quando si esercitino fondandole *sovra interessi pecuniari*. Quanto alla *nullità relativa*, questi stessi autori seguono opinioni diverse; chi ritenendo applicabile la *prescrizione quinquennale*, stabilita dall'art. 1300 codice civile per le azioni di nullità e rescissione dei contratti

(1) V. Laurent, t. IV, n. 235, pag. 322.
(2) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 558, n. 13-14.
(3) V. Demolombe, t. VI, n[i] 203, 205, 206, 212, 213.

ordinari (1), e chi escludendo questa ed ammettendo invece la sola *prescrizione trentennaria* (2). Il *Borsari* tiene tutt'altra via; lascia da parte la distinzione tra nullità assolute e relative, e *per qualunque nullità dell'adozione* ritiene opponibile *la prescrizione quinquennale*, secondo l'art. 1300 codice civile, se l'azione sia intentata *dall'adottante o dall'adottato o dai loro eredi*, la prescrizione *trentennaria* se la nullità sia opposta da *terzi* (3).

Come si vede, è tale viluppo di opinioni, autorevolissime tutte, che s'incrociano in sensi diversi, da ispirare sfiducia di riuscire a discernere il vero. Tentiamolo tuttavia, e cerchiamo prima quali siano i principii che possano avere immediata relazione coll'argomento che ci occupa. Sarebbero i seguenti:

1° Non devonsi mai confondere le *condizioni essenziali per l'esistenza giuridica* di un atto, con quelle che sono richieste semplicemente *per la validità* di esso. La mancanza delle prime produce l'*inesistenza* dell'atto, ad opporre la quale *non può mai fare ostacolo la prescrizione;* non così la mancanza delle seconde, da cui deriva la semplice *annullabilità dell'atto* (4).

2° Nelle *questioni di stato* personale le azioni corrispondenti sono *essenzialmente imprescrittibili*, in quanto il loro esercizio si fondi sull'*interesse morale* inerente a quello stato per sè stesso; *prescrittibili* al contrario in quanto si esercitino *per un interesse puramente pecuniario* (5).

3° L'adozione è un *atto dello stato civile*, nel complesso degli elementi che lo costituiscono giuridicamente; ma il primo di questi elementi, quello che è il fondamentale di tutti, consiste nel *consenso dell'adottante* e *dell'adottato*, in un *contratto*, al quale perciò sono applicabili i principii

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 537, pag. 371, n. 2; pag. 372. n. 3.
(2) V. Buniva, vol. II, pag. 121.
(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 217, § 510 (*c*), pag. 801-802.
(4) V. Principî generali sulle leggi, n. 97, pag. 526 e seg.
(5) V. vol. VI, parte 1ª, n. 18, pag. 130 e seg.; n. 28, pag. 206-208; n. 32, pag. 222 e seg.

che regolano tutti i contratti in generale, salve le limitazioni che per l'indole speciale dell'adozione, a cui il contratto serve solo di base, possano rendersi necessarie (1).

Veniamo alle applicazioni, e speriamo che ne risulti una teoria abbastanza chiara e sicura.

L'adozione è *inesistente giuridicamente*, perchè *non vi fu consenso* dell'adottante e dell'adottato, o perchè questo consenso non fu da essi *prestato personalmente davanti il presidente della Corte*, o perchè non fu *omologato l'atto?* Allora non è possibile pensare alla *prescrizione*. *Qualunque persona*, a cui *in qualunque tempo* si volessero opporre gli effetti della pretesa adozione, potrebbe sempre respingerli, adducendo che quell'adozione *non ha mai avuto esistenza* in diritto.

L'adozione è soltanto *annullabile*, ma per una causa di *nullità assoluta*, secondo le norme che abbiamo sopra tracciate? Allora, se l'azione di nullità sia intentata dallo adottante o dall'adottato, i quali la fondano sempre essenzialmente e principalmente sull'*interesse morale*, che è inerente per loro a quell'atto, non potrà mai essere opposta la prescrizione, colla quale si estinguono ordinariamente tutte le *azioni d'interesse pecuniario* (articolo 2135 codice civile). Per loro si tratta d'una *questione di stato*, essenzialmente imprescrittibile. Ma se invece la nullità sia proposta dagli *eredi dell'adottante*, i quali non possono addurne per fondamento che l'*interesse pecuniario* inerente all'eredità, dalla quale intendono di escludere l'adottato facendone annullare l'adozione, o se sia proposta da qualunque altra persona, che per avventura possa allegare un *interesse pecuniario*, *legittimo ed attuale*, sarà fuor di dubbio opponibile la prescrizione; se non altro quella di *trent'anni*, che vale ad estinguere *qualunque azione pecuniaria*. Ma non sarà anzi opponibile, come avvisa il *Borsari*, la più breve *prescrizione di cinque anni*, ammessa dall'art. 1300 codice

(1) V. sopra, n. 4, pag. 15-17, n. 103, pag. 215.

civile, quando — dice l'autore — siano *gli eredi dell'adottante o dell'adottato, e non terze persone, che domandino la dichiarazione di nullità?* Non lo crediamo. La disposizione dell'art. 1300 è scritta veramente *pei contratti comuni d'interesse pecuniario;* e non riguarda poi altre cause di nullità fuorchè le relative, dipendenti da *vizii* del consenso, o da *incapacità civile di uno dei contraenti*, come si scorge dal secondo paragrafo del medesimo articolo. È una *disposizione eccezionale*, poichè stabilisce una *prescrizione straordinaria;* epperò non può estendersi oltre gli oggetti che espressamente contempla. Come potremmo dunque applicarla alle *nullità assolute e d'ordine pubblico dell'atto di adozione?* — Qui non solo non si tratta d'un *contratto comune d'interesse pecuniario*, come veramente suppone l'art. 1300; ma non è neppure propriamente *il contratto* formante base dell'adozione, il consenso prestato dall'adottante o dallo adottato, che s'impugni per vizio d'errore o di violenza o di dolo, o per incapacità civile d'una delle parti. Nel caso attuale, noi supponiamo che la causa dell'addotta nullità consista nella mancanza di qualcuno dei requisiti intrinseci, a cui si riferisce la disposizione dell'art. 215, n. 1°, o consista nell'incompetenza della Corte, che pronunciò l'omologazione, o nell'inosservanza delle forme volute a pena di nullità; e non è, ripetiamo, propriamente *il contratto*, ma *l'atto di adozione* in sè stesso e nel complesso delle condizioni necessarie a costituirlo validamente, che viene impugnato. La disposizione eccezionale dell'art. 1300 è dunque completamente estranea al caso nostro; e contro l'azione di *nullità assoluta* dell'adozione non può essere opponibile altra prescrizione che la *trentennaria*.

Pensiamo ora alle *nullità relative*. L'azione corrispondente ad esse non potrà mai considerarsi come *imprescrittibile?* Lo nega il *Demolombe*, facendo osservare che " *ogni* " *nullità, la quale sia semplicemente relativa, è soggetta ad* " *estinguersi colla breve prescrizione stabilita dalla legge* ". L'osservazione è verissima; ma per le nullità il cui oggetto

è d'*interesse pecuniario*. All'opposto le *azioni concernenti lo stato delle persone* sono per la loro stessa natura, per *l'interesse morale e pubblico* che costituisce il loro fondamento, essenzialmente *inalienabili, non suscettibili di rinunzia, nè quindi di prescrizione*. Può essere altrimenti dell'azione di nullità dell'adozione, perciocchè si tratti d'una causa di *nullità relativa*, piuttostochè assoluta? Non ne vediamo ragione. Epperò, seguendo in questa parte l'insegnamento del *Laurent*, riterremmo che quando la dichiarazione di nullità dell'adozione fosse chiesta *dall'adottante* stesso, o *dall'adottato*, fondando quindi l'azione sull'*interesse morale* ch'essi hanno in quell'atto, facendone una vera *questione di stato*, non potesse esser loro opposta nessuna prescrizione, fosse pure la trentennaria; quando anche la causa dell'addotta nullità consistesse in *vizii del consenso* o nella *incapacità per interdizione giudiziale*. Ma se per queste medesime cause l'azione di nullità fosse promossa dagli *eredi dell'adottante*, trattandosi allora, non propriamente d'una *questione di stato*, ma *d'interesse pecuniario*, tornerebbesi naturalmente alla regola della *prescrittibilità*. E poichè ciò che gli eredi impugnerebbero sarebbe veramente *il contratto* dell'adozione, allegando essi che il consenso prestato dallo adottante, loro autore, fosse stato viziato per errore, violenza o dolo, ovvero che l'autore medesimo fosse *civilmente incapace a quel consenso*, per causa d'interdizione giudiziale, propenderemmo a credere che anche la speciale prescrizione di *cinque anni* fosse opponibile. È vero che l'art. 1300 contempla propriamente i soli *contratti d'interesse pecuniario;* ma in fine qui è veramente *il contratto*, formante base dell'adozione, che viene direttamente attaccato; e ad esso abbiam veduto doversi pure applicare, in mancanza di speciali disposizioni della legge, i principii generali risguardanti le convenzioni; dei quali principii se si giova l'attore nel far valere le cause di nullità, è giusto che possa approfittarne anche il convenuto nell'opporre l'eccezione di prescrizione.

Tra le cause di *nullità relativa* dell'adozione ci parve doversi annoverare anche quella che dipenda da mancanza di consenso delle persone indicate negli articoli 208, § 2°, e 209. E dicemmo potersi proporre quella nullità, tanto dalle persone di cui era richiesto il consenso, quanto dall'adottato stesso, se egli era *minore di età* al tempo dell'adozione; altrimenti dalle prime soltanto (1). Ora, valendoci anche qui delle stesse considerazioni che sopra abbiamo sviluppate, riterremmo che se l'azione di nullità fosse promossa *dall'adottato* stesso, non fosse a lui opponibile alcuna prescrizione; se all'opposto la proponessero le persone *di cui era richiesto il consenso per l'adottante o per l'adottato maggiore di età*, fosse applicabile la *prescrizione ordinaria di trent'anni*, colla quale si estingue qualunque azione.

Non crederemmo potersi pensare alla speciale prescrizione di cui all'art. 1300; giacchè qui non è veramente *il contratto* che si attacchi di nullità, ma *l'atto di adozione* in sè stesso, siccome mancante d'un requisito intrinseco voluto dalla legge, quale è il concorso della volontà del padre, della madre e del coniuge dell'adottante e dell'adottato.

---

(1) V. sopra, n. 114, pag. 230 e seg.

CAPO IV.

Degli effetti dell'adozione.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 119. Retroattività degli effetti dell'adozione omologata dalla Corte d'appello. — 120. Immutabilità di questi effetti, dopo pronunziata l'omologazione. Inapplicabilità conseguente delle cause per le quali può essere rivocabile una donazione. — 121. Rapporti diversi nei quali gli effetti dell'adozione devono essere considerati. Principii comuni per tutti questi rapporti. — 122. Fondamento ed applicazioni della regola, che l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale. — 123. Fondamento della regola generale, che l'adozione stabilisce rapporti giuridici e crea diritti ed obbligazioni solo fra l'adottante e l'adottato. — 124. Limitazioni ed applicazioni della massima, che l'adozione non induce alcun rapporto civile fra l'adottante e la famiglia dell'adottato. — 125. Spiegazione dell'altra massima, che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. — 126. Giustificazione del principio, che i rapporti giuridici tra adottante e adottato non possono risultare che dalle disposizioni della legge.

119. " L'adozione ammessa dalla Corte di appello " produce i suoi effetti dal giorno dell'atto di consenso ". Così ci dice nella prima sua parte l'articolo 217 codice civile. La quale disposizione contiene manifestamente due massime già accennate tra le cose discorse in principio di questo titolo: che l'adozione non può considerarsi come produttiva de' suoi legali effetti se non quando sia intervenuta l'omologazione della Corte; che però verificatasi questa condizione, gli effetti dell'adozione risalgono fino al giorno dell'atto di consenso delle parti. La prima di queste massime è coordinata al sistema stabilito dal nostro codice, secondo cui dimostrammo non essere perfetto l'atto di adozione se non quando al consenso dell'adottante e dell'adottato segua l'omologazione data dalla Corte d'appello (1); essendo evidente che fintantochè l'atto non sia

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 18 e seg.

divenuto perfetto pel concorso di tutti gli elementi determinati dalla legge come indispensabili a costituirne l'esistenza giuridica, non possa produrre alcuno di quegli effetti che la legge stessa gli assegna. Che poi l'attivazione di questi effetti, quando siasi verificata per la perfetta formazione dell'atto, si riporti retroattivamente al giorno in cui le parti abbiano prestato il consenso all'adozione, è, come osservammo altra volta, una eccezione alle regole ordinarie, giustificata dallo scopo d'impedire che le lentezze del procedimento possano danneggiare irrimediabilmente le parti medesime, col ritardare il conseguimento dei benefizi dipendenti dall'adozione (1). E questo concetto trova applicazione principalmente nel caso contemplato nel § 2° del medesimo articolo 217, allorchè, essendo morto l'adottante dopo la presentazione dell'atto di consenso alla Corte e prima della omologazione, la legge ordina doversi tuttavia continuare il procedimento ed ammettere, qualora ne sia il caso, l'adozione. La quale disposizione, derogatoria alle ordinarie massime del diritto, ha appunto per fine di attribuire allo adottato, mediante l'effetto retroattivo dell'atto così tardivamente perfezionato, quei diritti che altrimenti non gli potrebbero competere sulla successione anteriormente aperta dell'adottante (2).

120. Una volta che l'adozione, resa perfetta per l'omologazione pronunziata dalla Corte, sia divenuta produttiva di quegli effetti che la legge determina, essi non possono oramai più essere cangiati, nè per volontà quantunque concorde delle parti, nè pel sopravvenire di nuovi fatti, sebbene tali che se si fossero verificati prima che l'adozione divenisse perfetta, l'avrebbero impedita. L'adozione è un atto di stato civile, recante modificazione di stato personale, e che pertanto, ogni volta che sia compiuto legal-

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 25.
(2) V. sopra, n. 82, pag. 162-165.

mente, non può subire ne' suoi effetti alcun mutamento, che non sia determinato dalla legge, dalla quale esclusivamente dipende lo stato delle persone. Affinchè dunque questi effetti potessero cangiarsi, non basterebbe la volontà delle parti, non il sopravvenire di un nuovo fatto quale che si fosse, ma occorrerebbe una disposizione espressa di legge, che manca assolutamente in questa materia.

Quindi è che, come già dimostrammo, l'adozione perfezionata colla omologazione della Corte, è irrevocabile non ostante il consenso che le parti prestassero per discioglierla (1).

Quindi è ancora che il sopravvenire di figli legittimi all'adottante non toglierebbe effetto all'adozione, quantunque se prima ch'essa fosse divenuta perfetta que' figli fossero stati anche solo concepiti, avrebbero impedito che si formasse validamente (2). La qual massima trova poi anche una riconferma evidente in alcuni testi di legge, i quali suppongono il concorso di figli legittimi dell'adottante coi figli adottivi, sia nell'obbligazione alimentaria (art. 211, § 2°, codice civ.) sia nei diritti successorii (art. 737, § 2°, codice civile) e stabiliscono l'impedimento al matrimonio *tra l'adottato e i figli sopravvenuti all'adottante* (articolo 60 codice civile).

E come non è ammessa quale causa di rivocazione dell'adozione questa, che è tra le cause di rivocabilità delle donazioni, sarebbero parimente inapplicabili le altre, consistenti nell'*ingratitudine* del beneficato, e nell'*inadempimento delle condizioni* (confr. art. 1078 e seg. codice civile). Questa massima, stabilita senza contraddizione dalla dottrina, è infatti facilmente giustificabile. Quantunque l'adozione si consideri, per rispetto al suo scopo, come un atto di beneficenza verso l'adottato, è però ben lontana dall'aver caratteri somiglianti a quelli della donazione, essendo per

---

(1) V. sopra, n. 7, pag. 29-32.
(2) V. sopra, n. 14, pag. 38-41.

sua essenza un atto di stato civile, e lo stato delle persone non potendo subire rivocazioni nè modificazioni, che non siano espressamente determinate dalla legge, la quale è sola arbitra dello stato personale stesso. Ora la legge non ammette che la modificazione di stato derivata dall'adozione possa cessare per ingratitudine del beneficato: ma solo per quanto riguarda specialmente al diritto successorio, che costituisce uno dei principali effetti giuridici della beneficenza verso l'adottato, determina le cause d'*indegnità;* le quali sono fuor di dubbio comuni anche all'adottato, per escluderlo, in caso, dalla successione dell'adottante (articolo 725 cod. civ.).

Quanto poi all'*inadempimento delle condizioni*, che può far luogo a risoluzione o rivocazione delle donazioni, è troppo manifesta la impossibilità che sia applicabile all'atto di adozione; dappoichè sappiamo come questo non possa essere che *puro e semplice* (1).

121. Discendendo a trattare specialmente degli effetti che la legge ha attribuiti all'adozione, è necessario considerarli distintamente nel duplice ordine di rapporti a cui possono riferirsi; vogliam dire dei rapporti concernenti lo stato personale, ed i semplici interessi pecuniari. Sì nell'uno che nell'altro ordine vi sono però principii comuni, alcuni dei quali espressamente sanciti dalla legge, e qualche altro risultante necessariamente dall'indole stessa della materia. Essi sono i seguenti:

1° “ l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso “ la sua famiglia naturale (art. 212, § 1°, cod. civ.) „;

2° “ l'adozione non induce alcun rapporto civile fra “ l'adottante e la famiglia dell'adottato, nè fra l'adottato “ e i parenti dell'adottante (art. 212, § 2°, cod. civ.) „;

3° I rapporti civili fra l'adottante stesso e l'adottato non producono tutte le conseguenze giuridiche derivanti

---

(1) V. sopra, n. 4, pag. 17.

dalla paternità o maternità e filiazione legittima, ma quelle soltanto che sono esplicitamente o implicitamente consacrate dalla legge.

122. Per dimostrare il fondamento della prima tra le massime sopraccennate, non abbiamo che a rammentare l'innovazione introdotta dal codice Francese, seguita dal nostro, la quale segna una distinzione caratteristica tra l'adozione secondo il diritto comune e quella istituita dalle moderne legislazioni. Il sistema, che rompendo i vincoli della famiglia naturale vi sostituiva pei rapporti civili una famiglia nuova, fu reputato troppo opposto ai sentimenti di natura per poter essere mantenuto. L'atto civile di adozione può dar vita a nuovi rapporti e farli coesistere cogli altri procedenti dallo stato della famiglia naturale; ma sarebbe una esagerazione violenta e irrazionale il pretendere di sopprimere questi per lasciare un imperio esclusivo a quelli. Nè ciò deve intendersi soltanto dei rapporti di famiglia dipendenti da filiazione legittima, ma per identità di motivi deve estendersi parimente a quelli che derivino dalla filiazione naturale. A tale concetto è conforme infatti l'espressione usata nel nostro art. 212, che dichiara conservarsi dall'adottato *tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale. Diritti e doveri*, dice; impiegando così una formola più esatta e completa che quella di cui servivasi il codice Francese, il quale parlava soltanto dei *diritti dell'adottato;* sebbene tutti convenissero che, l'adottato restando nella sua famiglia naturale, dovessero continuare parimente i doveri di lui verso i suoi parenti.

Patria potestà spettante ai genitori legittimi, tutela legale esercitata dal genitore naturale legalmente riconosciuto, consenso dei genitori legittimi o naturali al matrimonio del figlio che non abbia compiuti i venticinque anni, o della figlia che non abbia compiuti i ventuno, diritti alla educazione, all'istruzione, agli alimenti in caso di bisogno,

obbligazione alimentaria corrispondente, diritti reciproci di successione legittima, diritti di legittima nella successione testamentaria; tutto ciò continua a sussistere ugualmente anche dopo l'adozione, poichè l'adottato conserva tutti i suoi diritti e doveri verso la famiglia naturale. Alcuni autori si sono spinti più innanzi ancora, dicendo che l'adozione *non altera nè modifica in nessun modo i rapporti dell'adottato verso la sua famiglia naturale* (1). Ma la proposizione non pare perfettamente esatta in tutta l'estensione che apparentemente comprenderebbe. È vero che i rapporti della famiglia naturale continuano a sussistere nella loro interezza non ostante l'adozione, e si può dire perciò che *il godimento* dei diritti dipendenti da tali rapporti non ne risulta punto alterato; ma *l'esercizio* di alcuni di quei diritti può essere notevolmente modificato dal concorso dei nuovi rapporti derivanti dall'adozione. Così pel matrimonio dello adottato, che sia minore d'anni ventuno, non basta più il consenso del padre e della madre legittimi o naturali, ma è inoltre indispensabile, sotto pena di nullità, anche il consenso dell'adottante (art. 63 § u. 65 codice civile). Così ancora l'obbligo di provvedere, occorrendo, all'educazione dell'adottato passa a carico dell'adottante (articolo 211 codice civile), rimanendo esonerati dalle spese relative i genitori legittimi o naturali, e gli ascendenti legittimi. Così, in fine, l'obbligazione alimentaria passa dai parenti legittimi, che ne sarebbero tenuti secondo la legge, a carico dell'adottante (art. 211, § 2°, cod. civ.).

123. Della seconda massima — che cioè l'adozione non induce alcun rapporto civile fra l'adottante e la famiglia dell'adottato, nè fra l'adottato e i parenti dell'adottante — sono manifeste e decisive le considerazioni che la giustificano.

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 130; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560, n. 1.

L'adozione costituisce sostanzialmente un atto di beneficenza verso l'adottato; e gli atti di questa natura sono naturalmente e strettamente personali a coloro in favor de' quali son fatti. Nessuna meraviglia pertanto che l'adottante contragga rapporti civili solamente colla persona ch'egli volle beneficare, e non con altre, per quanto strettamente legate a quella con vincoli di sangue. D'altro lato come mai potrebbersi imporre vincoli civili verso l'adottante ai parenti dell'adottato, la volontà de' quali è rimasta totalmente estranea all'atto di adozione, mentre i rapporti giuridici derivabili da quest'atto si fondano essenzialmente sul consenso delle parti? Quest'ultima considerazione basta poi anche a giustificare l'altra parte della regola, secondo cui l'adottato non contrae rapporti civili coi parenti dello adottante. Non sarebbe stato ammissibile che quest'ultimo potesse con un proprio atto creare rapporti giuridici pei proprii parenti legittimi, senza il concorso della loro volontà. Ed è, come vedemmo, per simile ragione che anche il riconoscimento stesso della filiazione naturale lascia assolutamente estraneo alle famiglie dei genitori il figlio da essi riconosciuto. Potrebbe sembrare un'anomalia, che mentre l'adottato si considera civilmente come figlio dell'adottante, ciascuno di essi rimanga poi estraneo ai parenti anche i più stretti dell'altro. Ma bisogna rammentarsi che il vincolo dell'adozione non è che il prodotto d'una finzione giuridica, della quale non è strano che la legge limiti anche all'estremo gli effetti.

Stabilito poi che i parenti dell'adottato non abbiano rapporti civili coll'adottante, nè l'adottato ne abbia coi parenti dell'adottante, è evidente doversi per maggior ragione ritenere estranei i parenti dell'uno a quelli dell'altro.

Di queste massime lo stesso art. 212, § 2°, accenna però una limitazione: “ Salvo — ivi è detto — ciò che è sta- “ bilito nel titolo *del matrimonio* „. Effettivamente nell'articolo 60 si dichiara proibito il matrimonio *tra l'adottante*

e i discendenti dell'adottato e *tra l'adottante ed il coniuge dell'adottato;* ciò che parrebbe costituire una eccezione al principio che l'adozione non induca alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato.

Parimente l'essere vietato il matrimonio tra *adottato e i figli sopravvenuti all'adottante, tra i figli adottivi d'una stessa persona, e tra l'adottato e il coniuge dell'adottante,* sembrerebbe un'altra eccezione contro la regola che esclude ogni rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Senonchè fu giustamente osservato da qualche autore non esser queste propriamente eccezioni alle massime surricordate; avvegnachè la proibizione del matrimonio tra le persone contemplate nel predetto art. 60 non abbia per fondamento la supposta esistenza d'un rapporto giuridico di parentela o di affinità fra di loro, ma solo i *rapporti di fatto* nascenti dall'adozione, la probabile intimità e spesso la convivenza di quelle persone, che rende necessario per tutela del buon costume il togliere l'incentivo, che al divampare delle passioni potrebbe derivare dalla possibilità del matrimonio.

Non è a dirsi per questo che nessuna eccezione sia possibile contro la regola stabilita dall'art. 212, § 2°; ma per riconoscere se ve ne siano e quali, distingueremo le due parti della regola stessa, il che ci porgerà anche occasione di pensare alle principali applicazioni che ciascuna di esse possa avere.

124. E prima, quanto alla massima che *la famiglia dell'adottato rimane estranea civilmente all'adottante,* la legge stessa fa una eccezione assai notevole ammettendo che i diritti successorii conceduti nell'eredità dell'adottante all'adottato si estendano anche *ai discendenti* di quest'ultimo (art. 737, § 1°, 806 cod. civ.). Si è risoluta così una questione gravemente dibattuta sotto il codice Francese; il cui silenzio in questo argomento era da alcuni autori interpretato come recante esclusione d'ogni diritto succes-

sorio dei discendenti dell'adottato nella eredità dell'adottante (1), mentre altri sostenevano in contrario che anche ai discendenti legittimi dell'adottato si estendessero gli effetti della parentela civile nascente dall'adozione, e che conseguentemente quei discendenti potessero eziandio concorrere, fosse poi per ragione propria o per diritto di rappresentazione, alla successione dell'adottante (2); e il *Merlin* distingueva se i figli dell'adottato fossero nati prima o dopo l'adozione, e solo in quest'ultimo caso ammetteva per loro il diritto alla eredità dell'adottante (3). I testi sopra citati del codice civile non lasciano per noi dubbio alcuno, che ai figli o discendenti legittimi dell'adottato, siano essi nati dopo l'atto di adozione o anteriormente, competano gli stessi diritti che spetterebbero all'adottato medesimo nella successione intestata, o per la legittima, nella successione testamentaria dell'adottante, e possano esercitarli tanto per ragion propria quanto per rappresentazione.

L'essere stata accolta questa massima favorevole ai discendenti dell'adottato ha indotto qualche autore a ritenere che sia pienamente ripristinata nel codice nostro la regola proclamata nella L. 27 ff. *de adoptionibus;* " *ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in jure civili* ". Cosicchè, non solo per quanto riguarda i diritti successorii, ma per tutte le conseguenze giuridiche derivanti dall'adozione i figli o discendenti dell'adottato dovrebbero essere considerati civilmente come discendenti dell'adottante: e per esempio l'obbligo degli alimenti, in caso di bisogno, incomberebbe all'adottante anche in favore dei discendenti dello adottato. Si dice che " il nostro art. 212 nella seconda sua

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 96, n. 6; Grénier, n. 37; Demolombe, t. VI, n. 141; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560, n. 6; Laurent, t. IV, n. 250.

(2) Toullier, t. II, n. 1013; Proudhon et Valette, t. II, pag. 221; Marcadé, art. 350, § IV. t. II, n. 111; Championnière et Rigaud, *Du droit d'enregistrement*, t. IV, n. 3375.

(3) Merlin, *Questions de droit*, v^e^ *Adoption*, § 7.

“ parte lascia desiderio di maggiore precisione „, in quanto che essendovi dichiarato che l’adozione non induce alcun rapporto civile tra *adottante e la famiglia dell’adottato* “ si “ potrebbe credere che il codice Italiano non statuisca alcun “ vincolo di parentela fra l’adottante *e i discendenti dello* “ *adottato* che sono la sua vera famiglia, seguendo le false “ orme del codice Francese. Ma non è così; e per *famiglia* “ non intende altro che *gli ascendenti e i collaterali dello* “ *adottato* e non già i *suoi discendenti* . . . Questo progresso “ non poteva mancare al nostro codice; l’assurdo di una “ parentela cominciata nel figlio e troncata nella sua per- “ sona, senza continuare nei figli da lui generati, doveva “ cessare: era tempo „ (1).

Sembra però che l’inesattezza, di cui si vorrebbe infligger biasimo al codice, non dipenda da altro che da una non giusta interpretazione, a cui se ne forzerebbe il testo. Il legislatore si è servito della formola più generale ed assoluta che fosse possibile: “ nessun rapporto civile — ha egli detto — tra “ l’adottante e *la famiglia dell’adottato* „. E si pretende che usando questa parola — *famiglia* — egli abbia inteso di escluderne coloro appunto che ne formano la parte principalissima, quelli che vi si comprendono anche prendendo quella parola nel più stretto significato! Si pretende che abbia voluto riferirsi ai soli *ascendenti* e *collaterali*. Ma se tale fosse stato il concetto del legislatore, lo avrebbe certamente espresso, com’era ovvio, nella sua formola più naturale e precisa, dicendo invece che “ l’adozione non “ induce alcun rapporto civile fra l’adottante, gli ascen- “ denti e i collaterali dell’adottato, nè fra l’adottato e i “ parenti dell’adottante „.

Quale è poi il fondamento sul quale si attribuisce al legislatore questa supposta erroneità di linguaggio? Perchè, si dice, nel titolo *delle successioni* sono *parificati ai figli adottivi i loro discendenti*; e non è dunque più vero che

(1) Borsari, *Comm.*, art. 210, 212, t. I, §§ 497 e 498, pag. 780.

questi manchino di qualunque rapporto civile coll'adottante, se hanno nell'eredità di lui i diritti importantissimi di successione. È innegabile che, in questo particolare rapporto, la massima generale stabilita nell'articolo 212 subisce una limitazione. Ma è forse giusto il dedurne, che non solo in questo, specialmente ed espressamente contemplato dalla legge, ma in tutti i rapporti civili derivabili dall'adozione, ai figli adottivi debbano pareggiarsi i loro discendenti? Non lo crediamo. L'art. 212 stabilisce una massima generale; gli art. 737 e 806 vi apportano una eccezione, la quale però è limitata sotto il duplice aspetto, delle persone a cui vantaggio è fatta, che sono i discendenti dell'adottato, e del rapporto giuridico a cui si applica, che è la successione dell'adottante. Ora se si cancella quest'ultima parte della limitazione, ritenendo che non solo i diritti successorii, ma tutti gli altri rapporti civili coll'adottante si comunichino dal figlio adottivo ai suoi discendenti, si viene manifestamente ad estendere la eccezione, che la legge ha fatta ad una regola da essa stabilita; il che fuor di dubbio eccede i limiti segnati a chi non ha altra missione che quella d'interprete. Si esigerà forse la dimostrazione dei motivi, pei quali possa giustificarsi che il legislatore stabilisca a favore dei discendenti dell'adottato i soli diritti di successione nella eredità dell'adottante, escludendo nel medesimo tempo tutti gli altri rapporti civili che deriverebbero da una discendenza legittima? Veramente questa dimostrazione non sarebbe necessaria; poichè l'ignorare i motivi, che abbiano indotto il legislatore a restringere entro certi limiti una eccezione da lui apposta ad una sua regola, non può autorizzare ad estendere l'eccezione stessa, usurpando con ciò il potere legislativo. Ma quando si voglia indagare quei motivi, non pare difficile lo scoprirli tali che bastino a piena giustificazione. La regola, che esclude ogni rapporto civile fra l'adottante e la famiglia dell'adottato, si fonda, come notammo, sull'indole giuridica dell'adozione, come atto di beneficenza verso l'adottato, e

sul carattere di stretta personalità che è proprio degli atti di questa natura. Tale considerazione è applicabile perfettamente anche ai discendenti dell'adottato; e ciò basta per giustificare ch'essi pure siano compresi nella regola generale surrammentata. Ma quanto ai diritti di successione dovevasi fare qualche osservazione affatto speciale. Sebbene il beneficio dei diritti successorii, di cui l'adozione conferisce l'aspettativa, riguardi direttamente la persona adottata, i figli o i discendenti di questa sono però chiamati naturalmente a goderne essi pure i vantaggi, mediante la trasmissione del patrimonio, che venga acquistato in conseguenza dell'adozione dal loro autore. E forse lo scopo di assicurare questi vantaggi ai proprii figli non sarà tra le cause impulsive meno stimolanti, che abbiano concorso a determinare l'adottato a consentire nell'adozione. Se dunque l'adottato premorisse all'adottante, o se all'aprirsi della successione di quest'ultimo si trovasse in condizione d'incapacità o di assenza, non sarebbe opportuno che i figli o discendenti di lui rimanessero esclusi dall'eredità dell'adottante; epperò la legge volle chiamarli a prendervi parte, sia succedendo per ragione propria, sia per rappresentazione, pur non riconoscendo in quei discendenti dell'adottato verun altro rapporto civile coll'adottante.

Si obbietta *l'assurdità di una parentela cominciata nel figlio e troncata nella sua persona, senza continuare nei figli da lui generati.* Nè vuolsi negare che qualche cosa di anomalo vi sia. Ma quest'anomalia non è solo pei discendenti; chè, per esempio, potrebbesi osservare parimente non esser razionale, che riguardandosi civilmente l'adottato come figlio dell'adottante, si consideri poi come estraneo a questo ultimo il coniuge dell'adottato medesimo. Eppure niuno ha mai preteso che tra essi esistano i rapporti civili di affinità, e che, per esempio, l'adottante abbia verso il coniuge dello adottato l'obbligazione alimentaria, che incomberebbe allo suocero verso il genero o la nuora. Egli è che, come già avvertimmo, siamo qui nel campo di una pura finzione

giuridica, in cui tutto è regolato sovranamente ed esclusivamente dalla legge; nè pertanto può esser lecito attribuire a tale finzione altri effetti, nè farne derivare altri rapporti giuridici fuor di quelli che risultino dai testi della legge stessa; nè si può argomentare da quanto si verifica per altri rapporti giuridici ordinari, per quanto analoghi con quelli che la legge mediante una sua finzione ha costituiti.

Dalla sua teorica il *Borsari* deduce una conseguenza importantissima rispetto alla obbligazione alimentaria: " Ora — egli dice — non vi ha alcun dubbio, che quanto " dicesi dell'obbligo di alimentare l'adottato, ripetesi nei " suoi discendenti, lacuna che pure lasciavano i codici " anteriori ". Ma crediamo doversi ripudiare questa massima, come il principio da cui si fa derivare. I discendenti dell'adottato non hanno coll'adottante altri rapporti civili, se non quelli concernenti l'impedimento al matrimonio secondo l'art. 60, e i diritti di successione secondo gli articoli 737 e 806. L'aggiungervi quello del diritto di alimenti sembra affatto arbitrario, in opposizione alla massima generale stabilita nell'art. 212, § 2°, in opposizione al principio fondamentale che in materia di eccezione non è ammissibile veruna interpretazione estensiva. A conferma di ciò sta inoltre il testo dell'art. 211, § 2°, nel quale si dichiara che " l'obbligazione degli alimenti, in caso di bisogno, è " reciproca *tra l'adottante e l'adottato*, nè si aggiungono " *i discendenti dell'adottato* "; mentre nell'art. 138 si è stimato necessario esprimere che " quando il padre e la madre " non abbiano mezzi sufficienti, l'*obbligazione alimentaria* " *spetta agli altri ascendenti* in ordine di prossimità " e nell'art. 139, che " i figli sono tenuti a somministrare gli " alimenti ai loro genitori ed agli *altri ascendenti* che ne " abbiano bisogno ". Eppure, se v'era un dubbio da togliere con una disposizione esplicita, era certamente per l'obbligazione reciproca degli alimenti tra l'adottante e i discendenti legittimi dell'adottato, piuttostochè tra ascendenti e discendenti legittimi e naturali!

Così ci sembra dimostrata la massima accolta, contro l'opinione del *Borsari*, da qualche altro espositore del codice nostro, che l'adottante non sia tenuto a somministrare gli alimenti ai figli o discendenti dell'adottato, nè, per maggior ragione, possa mai spettare a questi l'obbligazione alimentaria verso l'adottante (1); e consideriamo anzi questa come principale applicazione della regola proclamata nell'art. 212, § 2°, che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato. Un'altra applicazione se ne ha pure nell'essere escluso, come sopra avvertimmo, che il coniuge dell'adottato possa, in caso di bisogno, chiedere gli alimenti all'adottante. Pel resto, è ben chiaro che nessun altro parente dell'adottato, fosse poi un ascendente od un collaterale, potrebbe mai avere verun diritto o veruna obbligazione verso l'adottante.

125. *La famiglia dell'adottante resta estranea, nei rapporti civili, all'adottato.* È questa la seconda parte, di cui dobbiamo ora occuparci, della regola scritta nel § 2° dell'art. 212. La quale, pei termini assoluti in cui è espressa e per non esservi derogato in nessuna parte con speciali disposizioni di legge, è manifesto che non potrebb'essere soggetta ad una limitazione qualunque. Ed invero ogni limitazione, che si volesse porre a quella regola negativa, riuscirebbe ad estendere gli effetti dell'adozione, applicandone i rapporti giuridici a persone che il legislatore considerò in massima come estranee ad essi : e ciò sarebbe in evidente opposizione col principio fondamentale, che l'adozione essendo una istituzione di puro diritto positivo, non può far luogo a stabilire rapporti giuridici che non risultino dal testo medesimo della legge.

È dunque fuor di dubbio che, non solo coi collaterali, ma neppure cogli ascendenti o coi discendenti stessi dell'adottante non potrebbe l'adottato considerarsi come

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 535, pag. 370, n. 1.

avente alcun rapporto civile. Così il diritto e la reciproca obbligazione degli alimenti, in caso di bisogno, non potrebbesi allegare tra i figli adottivi della stessa persona, nè tra l'adottato e i figli sopravvenuti all'adottante, nè tra l'adottato e i genitori o gli ascendenti dell'adottante.

Parimente nessun diritto successorio può appartenere all'adottato sull'eredità dei parenti, quali che siano, dello adottante (art. 737, § 2°, cod. civ.); nè solo è escluso che egli possa esser chiamato a tali eredità per ragion propria, ma neppure potrebbe concorrervi *per rappresentazione dell'adottante*. Così, aprendosi la successione d'un figlio legittimo sopravvenuto all'adottante, il figlio adottivo non avrebbe il diritto di concorrere a tale successione, a termini dell'art. 740; non essendo egli reputato civilmente *fratello* di quel figlio legittimo, sebbene per speciali considerazioni di pubblica onestà, ma non per ragione d'un vincolo civile di parentela, l'art. 60 vieti il matrimonio tra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante. Aprendosi la successione del padre, o della madre, o d'altro ascendente, o d'un fratello o sorella, o d'altro parente collaterale dell'adottante, che fosse premorto, o assente, o incapace, o rinunciasse alla successione, l'adottato non potrebbe pretendere a quelle eredità escludendone i parenti legittimi del defunto. E quand'anche la successione fosse d'un ascendente o d'un fratello o d'una sorella dell'adottante, e questi fosse premorto o assente o incapace, non potrebbe però l'adottato esercitare il diritto di rappresentazione dell'adottante stesso. Potrebbesi a primo aspetto concepire un'idea contraria, considerando che l'adottato, ne' suoi rapporti coll'adottante, è pareggiato, quanto ai diritti successorii, ad un figlio legittimo; sicchè parrebbe che, al par di questo, dovesse egli pure essere ammesso alla rappresentazione. Ma l'erroneità di questo concetto si manifesta quando si osservi che qui non si tratta della successione dell'adottante, ma di una eredità altrui, alla quale l'adottante stesso avrebbe potuto esser chiamato, e nella quale l'adottato vorrebbe rappre-

sentarlo; e quando, d'altra parte, si ricordi il principio fondamentale secondo cui non può esercitare diritto di rappresentazione se non chi sarebbe chiamato anche per ragion propria alla successione, se mancassero più prossimi parenti. Ora, poichè l'adottato non è successibile per ragion propria ai parenti dell'adottante, non avendo con essi alcun rapporto civile, è escluso per ciò stesso che possa giungere a quelle successioni col mezzo della rappresentazione (1).

Conviene poi avvertire che, a tenore della regola stabilita nell'art. 212, § 2°, e di cui finora abbiamo parlato, non vi sono rapporti civili diretti fra l'adottato ed i parenti dell'adottante, sicchè tra quello e questi non possono verificarsi diritti ed obbligazioni reciproche derivanti per legge dall'adozione; ma ciò, ben s'intende, non esclude punto che i rapporti giuridici esistenti tra adottante e adottato siano opponibili anche ai parenti dell'adottante o siano allegabili da essi. Del che possono porgersi esempi manifesti, sì nella materia dell'obbligazione alimentaria, che in quella dei diritti successorii. — Così, sebbene tra i figli adottivi e i figli legittimi sopravvenuti all'adottante non possa farsi luogo all'obbligazione di alimenti, di cui parla l'art. 141, quando invece si tratti dell'obbligazione alimentaria reciproca tra adottante e adottato i figli adottivi possono trovarsi in concorrenza coi legittimi o naturali dell'adottante (art. 211, § 2°, cod. civ.); epperò gli uni avranno diritto a fronte degli altri d'essere ammessi in debita proporzione al concorso attivo per la prestazione degli alimenti predetti, come potranno richiedere che si tenga il debito conto del concorso passivo a cui gli altri siano tenuti nel somministrare gli alimenti all'ascendente ed adottante rispettivo. Così pure, quantunque l'adottato non possa vantare mai alcun diritto alla successione dei parenti dell'adottante,

(1) Duranton, t. III, n. 313; Demolombe, t. VI, n. 133; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560, n. 5.

nell'eredità propria di quest'ultimo egli però può trovarsi a fronte di tali parenti e far valere contro di essi la qualità di figlio adottivo e i diritti che glie ne derivano; concorrere a quella successione coi figli legittimi sopravvenuti all'adottante (art. 737, § 2°, 806 cod. civ.); escluderne gli ascendenti ed i collaterali (art. 738-742, 807 cod. civile).

126. Quanto all'ultima delle tre massime già accennate (1) basterà per giustificarla il rammentare che la quasi-paternità e quasi-filiazione, di cui si stabiliscono rapporti tra adottante e adottato, non è altro che una *finzione di diritto*. Imperciocchè tali finzioni, come non possono esistere se non pel concorso delle condizioni dalla legge determinate, così non possono produrre altri effetti se non quelli che loro attribuisca la legge stessa. Sarebbe dunque errore il pensare che l'adozione dovesse generalmente produrre tra l'adottante e l'adottato gli stessi rapporti giuridici stabiliti per la paternità e la filiazione legittima, salvo le limitazioni che risultassero da disposizioni legislative. Al contrario basta il silenzio della legge, perchè determinati effetti della filiazione legittima non abbiano da estendersi a questa finzione di paternità o maternità. Ma d'altra parte sarebbe anche eccessivo il pretendere che per parificare in certi rapporti la quasi-filiazione, risultante dall'adozione, alla vera filiazione legittima, fosse indispensabile un testo espresso di legge. Basta che la volontà del legislatore in proposito risulti certa e chiara, ancorchè sia manifestata implicitamente soltanto.

Nel corso della trattazione successiva incontreremo parecchie occasioni di fare applicazioni importanti di questi principii fondamentali.

---

(1) V. sopra, n. 121, pag. 250.

Sezione I.

Degli effetti dell'adozione nei rapporti dello stato personale.

Sommario. — 127. Enumerazione degli effetti che l'adozione produce tra adottante e adottato, in ordine allo stato di queste persone. — 128. L'adozione non può esercitare influenza alcuna sulla patria potestà o la tutela a cui l'adottato si trovi soggetto. — 129. Se l'obbligo dell'adottante di continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato, attribuisca in tal parte a quello una speciale autorità su questo. — 130. (I) Della parentela civile derivante dall'adozione. — 131. Se i rapporti di questa parentela possano essere opponibili anche a terze persone, o da queste all'adottante o all'adottato. — 132. Se l'adozione dia luogo a poter rivocare le donazioni fatte precedentemente dall'adottante. — 133. Se l'adottato possa opporre, a chi siasi legato in posteriore matrimonio con l'adottante, la limitazione di capacità a ricevere per testamento o per donazione stabilite a carico del coniuge di seconde nozze e in favore dei figli del precedente matrimonio. — 134. Se l'esistenza dell'adottato al tempo della morte dell'adottante possa impedire la riversibilità stipulata in una donazione fatta all'adottante medesimo. — 135. Se sia applicabile a carico dell'adottato la presunzione legale ch'egli sia persona interposta per liberalità in favore dell'adottante incapace. — 136. Se siavi *affinità civile* tra l'adottante e il coniuge dell'adottato, e tra questo e il coniuge di quello. — 137. (II) L'adozione conferisce all'adottato il cognome dell'adottante.

127. Gli effetti, che in ordine allo stato personale dell'adottante e dell'adottato, e più specialmente di questo ultimo, possono attribuirsi alla adozione, si limitano ai seguenti.

1° Innanzi tutto, tra adottante e adottato nasce una specie di *parentela civile*, una *quasi-paternità* o maternità, e una *quasi-filiazione*, che genera certi effetti giuridici tassativamente determinati dalla legge e in parte analoghi a quelli che sorgono dalla paternità o maternità e filiazione propriamente dette.

2° “ L'adottato assume il cognome dell'adottante e “ l'aggiunge al proprio „ (art. 210 cod. civile).

3° Tra l'adottante, l'adottato e le altre persone all'uno od all'altro attinenti, e indicate nell'art. 60 cod. civ., sorge impedimento al matrimonio.

4° Se l'adottato, minore d'anni ventuno, voglia contrarre matrimonio, si rende necessario, oltre il consenso dei genitori, quello ancora dell'adottante (art. 63, 66 codice civile).

Per questi ultimi punti basta qui il riferirci a quanto fu esposto trattando del matrimonio (1); e innanzi di occuparci dei primi due, sarà opportuno risolvere qualche dubbio, che potrebbesi affacciare intorno all'esattezza della enumerazione che sopra facemmo.

128. Ammettendosi nella nostra legislazione che possa essere adottato anche un minore d'età, purchè abbia compiuti i diciotto anni (art. 206 cod. civ.), non sarebbe strano il dubitare se l'adozione potesse arrecare qualche modificazione alla patria potestà od alla tutela, a cui l'adottato si trovasse soggetto. — La risoluzione del dubbio è però facile e certa. Poichè “ l'adottato conserva tutti i “ diritti e doveri verso la sua famiglia naturale „ (art. 212, § 1°, cod. civ.), è dunque evidente ch'egli rimane sottoposto alla patria potestà dei genitori suoi legittimi e naturali, od alla tutela secondo il diritto comune. — D'altronde versandosi in materia di finzione giuridica, dalla quale non possono derivare effetti che non siano il risultamento delle disposizioni della legge, basta il silenzio di questa perchè all'adottante non spettino attributi d'autorità sulla persona dell'adottato minorenne, che riescano a modificare in qualunque modo i poteri dipendenti dalla patria potestà o dalla tutela, secondo le norme comuni. Non vi ha testo, che accenni a tal cosa in questo titolo *dell'adozione*. Nessuna disposizione, che attribuisca all'adottante un'autorità sulla persona dell'adottato, quantunque minore di età; se si eccettuano quelle degli art. 63, § 3°, e 66, riguardanti il consenso al matrimonio dell'adottato medesimo, che non abbia compiuto gli anni ventuno. — Nel titolo *della*

---

(1) V. vol. V, p. I, n. 63, pag. 220 e seg.; n. 82, pag. 311-312.

patria podestà, non una parola che accenni, non che ad una cessazione di essa, ma solo ad una qualunque modificazione de' suoi attributi, per l'adozione del figlio. — Nel titolo *della tutela* non troviamo annoverata l'adozione tra le cause che fanno luogo all'aprimento od alla cessazione della tutela stessa, nè vi ha disposizione che deferisca all'adottante la qualità legale di tutore dell'adottato. — È dunque certissimo che all'adottante non appartiene alcuna speciale autorità sulla persona dell'adottato, eccettuata quella pel consenso al matrimonio di lui, quando sia minore di età; nè l'adozione altera o modifica in nessun modo la patria potestà o la tutela a cui l'adottato sia soggetto.

Qualche autore ha però indicato tra gli effetti dell'adozione *l'obbligo dell'adottato di onorare e rispettare l'adottante*, come in virtù della patria potestà naturale " il figlio qua- " lunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i geni- " tori „ (art. 220 cod. civ.) (1). — Nè vi è ragione di contraddire a questa massima; la quale da una parte non si oppone punto all' altra che la patria potestà civile o la tutela restino perfettamente illese in tutti i loro attributi, in tutti i loro effetti giuridici, non ostante l'adozione del minorenne; dall'altra è una conseguenza naturale, giustissima, implicita dei rapporti di quasi-paternità o maternità e quasi-filiazione che fittiziamente si creano coll'adozione.

129. Dicemmo non esservi disposizione, che attribuisca all'adottante alcuna speciale autorità sull'adottato, eccettochè pel consenso al matrimonio di lui, se sia minore di età.

In questo particolare occorre però uno schiarimento intorno alla disposizione dell'art. 211, § 1°, secondo cui " il " padre e la madre adottivi hanno debito di continuare, " occorrendo, l'educazione dell'adottato „. Parrebbe naturale che quest'obbligo dovesse trarre seco conseguente-

(1) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560, n. 3° (*d*), n. 11.

mente una qualche partecipazione dell'autorità spettante al genitore, che eserciti la patria potestà, od al tutore, sulla persona dell'adottato minorenne, allo scopo di dirigerne l'educazione. E in questo senso ci porge un autorevole insegnamento il *Borsari*, dicendo che " i genitori sono " esonerati dal dispendio dell'educazione, e *un certo ragio-* " *nevole diritto di regolarla deve spettare all'adottante*, che " se ne prese il pensiero e la cura; *ma i genitori non sono* " *mai privati di autorità rispetto alla persona del figlio,* " *quantunque adottato*, conservando la potestà patria ed " esercitandola non ostante l'adozione „ (1).

Nè può negarsi, che mentre quest'ultimo principio fondamentale è troppo certo, secondo la legislazione nostra, per poterne menomamente dubitare, o per apportarvi una qualunque restrizione, d'altra parte ripugna l'ammettere che l'adottante possa esser tenuto a provvedere alle spese della educazione dell'adottato, quando anche il genitore esercente la patria potestà o il tutore voglia dare a questa un dannoso indirizzo. Ma lo stabilire, per questo riflesso, che anche all'adottante debba appartenere *un ragionevole diritto di regolare l'educazione dell'adottato*, pone evidentemente in un conflitto assai imbarazzante il potere della patria potestà o della tutela con quello dell' adottante. È vero che a dirimere la vertenza potrebb'essere chiamata, occorrendo, l'autorità giudiziaria, la quale pronunzierebbe prendendo consiglio dalle circostanze, nel meglio inteso interesse dell'adottato. È vero però eziandio che ciò non parrebbe punto conforme al sistema generale adottato dalla legge, la quale mentre non volle attribuita all'adottante veruna autorità sulla persona dell'adottato, sebbene minore, lo sottopose invece all'autorità del genitore, che eserciti la patria potestà, od a quella del tutore e del consiglio di famiglia, senza limitare l'applicabilità di questi principii in nessun modo pel caso di adozione.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 210-212, § 498, pag. 781.

D'altro lato la stessa disposizione dell'art. 211, § 1°, non fa altro, se ben si consideri, che stabilire una obbligazione a carico dell'adottante, senza attribuirgli per ciò nessuna autorità sulla persona dell'adottato. E per quanto possa sembrare che l'indole propria dell'oggetto di questa obbligazione, consistente nel provvedere alla educazione dello adottato medesimo, implichi conseguentemente il bisogno di esercitare una qualche autorità per dirigere tale educazione, soccorre una distinzione, che già avemmo occasione di applicare in altra materia (1). L'adottante, in virtù dell'art. 211, *ha debito di continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato;* e ciò non sembra avere che un oggetto puramente pecuniario, per le spese occorrenti a tale educazione. Ma per la parte morale, l'adottante non ha nè il dovere nè il diritto di dirigere personalmente l'educazione dell'adottato, il che si appartiene esclusivamente, secondo le norme generali, al genitore che abbia la patria potestà, od al tutore ed al consiglio di famiglia, a cui l'adottato medesimo sia soggetto. — Che se il genitore o il tutore, o il consiglio di famiglia con deliberazione presa a norma dell'art. 278, volessero dare all'educazione dell'adottato un indirizzo da disapprovarsi, non sarebbe però costretto l'adottante a sottostare irreparabilmente a spese mal consigliate. Egli potrebbe rifiutarvisi, e la competente autorità giudiziaria sarebbe, in caso, chiamata a pronunciare se il rifiuto fosse o no fondato. Con ciò sarebbe provveduto abbastanza, sì alla giustizia verso l'adottante, che all'interesse dell'adottato. Ma ciò che sembra da negarsi, è che competa all'adottante un'autorità propria sulla persona dell'adottato, quanto a regolarne l'educazione, sicchè egli possa per propria iniziativa sollevare su quest'oggetto un conflitto coll'autorità paterna o tutoria. Per quanto ci sembra, non sarebbe che quando l'adottante fosse richiesto di sottostare alle spese di educazione dell'adottato, ch'egli

(1) V. *Corso elem. Cod. Civ.*, ediz. Grazioli, vol. III, n. 172, pag. 1037.

potrebbe, non ancora veramente e direttamente ingerirsi nel regolarla, ma semplicemente contestare, se ne fosse il caso, la convenienza dell'educazione che si vorrebbe dare all'adottato, al solo fine di sottrarsi a quelle spese che egli reputasse male impiegate.

130 I. In altro luogo e per altra occasione fu già accennato come l'adozione produca tra l'adottante e l'adottato una specie di *parentela civile* (1). Dell'esattezza di questa proposizione si sarebbe potuto forse dubitare sotto il codice Francese, perchè parlando dell'adottante e dello adottato non li qualificava come *padre e figlio adottivi*, salvo che nella disposizione relativa all'impedimento al matrimonio derivante dall'adozione: dove l'espressione di *figli adottivi*, poteva ancora riguardarsi come un avanzo dei progetti in cui era stabilito che l'adottato uscisse dalla propria famiglia per entrare in quella dell'adottante, il quale perciò prenderebbe il posto del padre o della madre legittimi. E tuttavia la dottrina era d'accordo nello ammettere che dall'adozione derivasse una parentela civile, una quasi-paternità o quasi-maternità. Il cognome dell'adottante attribuito all'adottato, la voluta iscrizione dell'atto nei registri dello stato civile, il qualificarsi come parricidio anche l'omicidio volontario, e l'aggravarsi la pena pel ferimento, quando fossero commessi sul padre o sulla madre adottivi, come se fossero perpetrati sul padre o sulla madre legittimi, erano argomenti ritenuti nel loro complesso come decisivi.

Nel nostro codice poi è stato tolto ogni pretesto anche al dubbio: trovandovisi in più luoghi espressamente attribuita la qualificazione di *padre e madre adottivi* agli adottanti, di *figli adottivi* agli adottati (art. 60, 63, § u°, 203, 211, § 1°, 737, 806 cod. civ.).

Bisogna però non dimenticar mai che i rapporti di

(1) V. vol. V, p. I, n[i] 3, 4, 5, 6, pag. 3 e seg.

questa specie di parentela civile non sono che una imitazione molto imperfetta di quelli della paternità o maternità e filiazione legittima, e che gli effetti civili di quest'ultima non possono riguardarsi come applicabili ai rapporti tra adottante e adottato, se non per quanto risulti, implicitamente almeno, dalle disposizioni stesse della legge (1).

131. Sebbene i rapporti nei quali l'adozione produce, a termini delle disposizioni di legge, alcuni effetti analoghi a quelli della filiazione legittima, sieno ristretti, come dimostrammo, tra l'adottante e l'adottato soltanto (2), non è da credere però che unicamente tra queste persone siano opponibili tali effetti. Essi riguardano *lo stato delle persone* stesse, che è *indivisibile;* epperò, come fu dimostrato a suo luogo, *dev'essere riconosciuto e rispettato da tutti e per qualunque delle conseguenze giuridiche che la legge ne fa derivare* (3).

Se dunque i rapporti, che la legge costituisce tra adottante e adottato, siano suscettibili, in forza delle disposizioni della legge stessa, di produrre conseguenze giuridiche, le quali arrechino anche diritti od obbligazioni a terze persone, queste potranno nel proprio interesse prevalersi di tali rapporti, o l'adottante o l'adottato potranno opporli a loro.

Nè mancano esempi a porre in evidenza le applicazioni che può avere questo principio.

Così l'adottante avrebbe interesse e diritto di opporre la propria qualità agli ascendenti legittimi, in concorso dei quali richiedesse gli alimenti all'adottato, a norma degli art. 139, 211, § 2°, 212 codice civile. L'adottato, quantunque non abbia alcun rapporto civile coi parenti dell'adottante, può opporre ad essi i proprii diritti nella

---

(1) V. sopra, n. 126, pag. 263.
(2) V. sopra, n. 123, pag. 252-254.
(3) V. vol. IV, n. 29, pag. 87-88.

successione di quest'ultimo, concorrervi cogli stessi figli legittimi sopravvenuti, escluderne gli ascendenti ed i collaterali. — I figli legittimi, sebbene siano terzi rispetto all'atto d'adozione, possono però prevalersene, quando siano richiesti di somministrare gli alimenti al genitore, allo scopo di non esservi tenuti se non in concorso con l'adottato (art. 211, § 2°, cod. civ.).

A fronte di questi casi, nei quali l'applicabilità del predetto principio è certa, ve ne sono altri disputabili, dei quali daremo qualche cenno nei numeri seguenti.

132. Potrebbe l'adottante opporre l'atto di adozione a coloro ai quali avesse fatte donazioni precedentemente, per rivocare le donazioni stesse, come se gli fosse sopravvenuto un figlio legittimo?

" Questione vera — scrive il *Borsari* — non può elevarsi su tal punto „.

Tuttavia un autore meritamente celebre, che aveva per lungo tempo seguìta, reputandola incontestabile, l'opinione comune, la quale negherebbe l'opponibilità dell'adozione pel predetto effetto, finì poi per riguardare questa massima almeno come gravemente dubbia (1). È vero però che la nuova dottrina di lui non fu accolta dagli altri scrittori, che furono concordi nel mantenere la teoria contraria insegnata dal *Voet* (2). Crediamo veramente che il dubitare del *Marcadé* non procedesse da ragioni abbastanza fondate, e che ciò sia nel diritto nostro più evidente ancora che nel francese; sicchè meritamente la citata opinione comune sia stata seguìta anche dai commentatori del codice Italiano (3).

---

(1) V. Marcadé, art. 350, § III, t. II, n. 110.

(2) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *Adoption*, § 4; Toullier, t. V, n. 305; Grénier, n. 39; Proudhon et Valette, t. II, pag. 223, nª (*a*); Duranton, t. III, n. 315; Demolombe, t. VI, n. 164; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560, n. 16.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 210-212, § 500, t. I, pag. 783; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 535, 7°, n. 3.

Sappiamo infatti che non possono attribuirsi all'adozione effetti giuridici, che non siano esplicitamente o implicitamente almeno indicati dalla legge. Or dove troviamo il testo, che faccia derivare dall'adozione questo effetto gravissimo, che consisterebbe nel dar luogo a rivocare le donazioni precedentemente fatte dall'adottante? L'articolo 1083 stabilisce che le donazioni fatte da persone, che allora non avessero figli o discendenti legittimi viventi, *possono essere rivocate per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante ... o per la legittimazione d'un figlio naturale, per susseguente matrimonio.* E questa disposizione stessa vuol essere riguardata necessariamente come *tassativa*, poichè costituisce un'eccezione al principio fondamentale, che " la donazione debitamente accettata è " perfetta tra le parti, e la proprietà degli effetti donati è " trasferita irretrattabilmente al donatario (art. 1062 co- " dice civile) „. Ora, coll'ammettere che potessero pure rivocarsi le donazioni per l'adozione che posteriormente avesse fatta il donante, non è manifesto che si aggiungerebbe alla legge, estendendo, contro i più certi principii, i casi in cui la donazione può eccezionalmente essere rivocabile, e creando arbitrariamente un effetto importantissimo dell'adozione? Possiam dire più ancora: si contraddirebbe apertamente allo spirito della citata disposizione dell'art. 1083; la quale non ammette che la legittimazione stessa di un figlio possa far luogo a rivocare le anteriori donazioni, se non quando quella legittimazione sia avvenuta *per susseguente matrimonio*, mentre secondo la legge nostra, a differenza del codice Francese, è anche permessa la *legittimazione per decreto reale.* Come mai sarebbe giustificabile che quanto è negato pei figli legittimati in quest'ultima forma fosse poi conceduto per quelli semplicemente adottivi? Eppure la legittimazione è in ogni caso e giustamente considerata con maggior favore, ed ha per effetto di attribuire al figlio nato fuori di matrimonio la qualità di legittimo, con tutte le conseguenze giuridiche

da questa qualità dipendenti, mentre l'adozione ha effetti incomparabilmente più ristretti; e intanto le si assegnerebbe qui, in confronto della legittimazione per decreto reale, un effetto assai più esteso e di gravissima importanza; e ciò si farebbe uscendo dai termini della legge, che pur vuol essere in questa speciale materia rigorosamente osservata.

Quale pretesto, in fine, sarebbe adducibile per coonestare in qualche modo una tale esorbitanza? Forse l'unico concetto, che potesse vestire qualche apparenza di ragione, sarebbe questo: che la rivocabilità della donazione, siccome introdotta in considerazione de' figli sopravvenuti al donante e per loro benefizio, fosse da assomigliarsi ad un diritto eventuale di successione nella eredità del donante medesimo, mentre poi per tutto ciò che riguarda i diritti successorii l'adottato è parificato dalla legge ad un figlio legittimo. Ma la falsità di questa idea era facilmente palese nello stesso diritto francese; imperocchè la rivocazione della donazione, che operavasi *ipso jure* ed attualmente *a profitto del donante*, pel sopravvenirgli d'un figlio legittimo, era ben lungi dal potersi considerare come un *diritto sulla successione del donante predetto*. La nostra legislazione ha poi recato una novità importante, stabilendo che anche per sopravvenienza di figli la rivocazione non abbia luogo *ipso jure*, ma *solo il donante possa proporne la domanda* (art. 1083 e seg. cod. civ.). Evidentemente sarebbe impossibile considerare come un diritto successorio del figlio ciò che non è che una facoltà esercitabile a proprio profitto dal genitore, che ha fatta la donazione. Certo è che, chiesta e ottenuta la rivocazione, i figli potranno eventualmente ed indirettamente averne vantaggio, qualora i beni così rientrati nel patrimonio del donante vi si trovino ancora all'aprirsi della successione di lui; e rispetto a ciò anche i figli adottivi si troverebbero nella stessa condizione dei legittimi, e su quei beni, come sugli altri dell' eredità dell' adottante, eserciterebbero i loro

diritti successorii in concorso anche di figli legittimi sopravvenuti all'adottante. Ma la rivocazione, facoltativa al donante a cui sopravvengano figli, non può certamente neppure paragonarsi ad un diritto successorio dei figli stessi; epperò l'essere pareggiati gli adottivi ai legittimi in ordine ai diritti di successione, non offre verun argomento per giustificare che la rivocabilità ammessa dalla legge pel caso che sopravvengano al donante figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio, possa estendersi anche a quello di un'adozione fatta posteriormente alla donazione.

133. L'articolo 770 del codice civile stabilisce che: “ Il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno “ favorito dei figli del precedente matrimonio ”. E lo articolo 1053 estende la stessa disposizione anche alle donazioni.

Il diritto, attribuito ai figli di anterior matrimonio, di far valere contro il nuovo coniuge questa limitazione di capacità a ricevere, è fuor di dubbio un *diritto di successione*, che ad alcuni piacque anzi di considerare come uno *speciale diritto di legittima*. Ma se a rigore esso non ha veramente quest'ultimo carattere, è però innegabile che costituendo *una incapacità relativa, non opponibile se non da certe persone* — che sono appunto i figli di anterior matrimonio — *nella successione, che siasi aperta, del coniuge binubo*, non può riguardarsi altrimenti che come un vero diritto successorio. E poichè pei diritti di questa natura i figli adottivi sono pareggiati ai legittimi, si è appoggiata a ciò l'opinione di autorevolissimi giureconsulti; i quali hanno pensato che neppure l'adottante possa usare liberalità alla persona con cui siasi legato in matrimonio dopo l'adozione, disponendo di una porzione maggiore di quella che lasci all'adottato o al meno favorito dei figli adottivi, chè più potrebbero essere, anche secondo la

legislazione nostra, qualora fossero stati adottati col medesimo atto (1).

Preferiremmo tuttavia l'opinione contraria, confortata pur essa da gravi autorità, e quel che più importa, da ragioni che ci sembrano preponderanti (2).

Non dobbiamo dimenticare che si versa anche qui in materia di eccezione, poichè tale è il carattere di tutte le disposizioni di legge che limitano in qualche modo la capacità, sia di disporre per uno od altro titolo de' proprii beni, sia di riceverne la trasmissione da altri. La regola generale è, che possono disporre e ricevere liberamente tutti coloro che non siano dichiarati incapaci dalla legge (art. 762 cod. civ.). L'art. 770 stabilisce una incapacità a disporre, ma a carico del *binubo;* stabilisce una incapacità a ricevere, ma a carico del *nuovo coniuge;* stabilisce in fine che questa incapacità possa essere opposta dai *figli del precedente matrimonio*, affinchè il meno favorito di loro abbia una porzione non inferiore a quella del coniuge di seconde nozze. — I termini di questa disposizione eccezionale non sono dunque applicabili al caso ora in questione; perchè, sebbene si tratti qui veramente di un *diritto successorio*, rispetto a cui il figlio adottivo potrebbe dirsi parificabile al legittimo, non è però un *figlio di precedente matrimonio*, che invochi la disposizione scritta in suo solo favore nell'art. 770; perchè non si suppone che sia un *binubo*, che abbia disposto in favore del *nuovo coniuge*, ma l'adottante, che abbia beneficata la persona alla quale dopo l'adozione siasi congiunto in prime od ulteriori nozze. — E basterebbe questa considerazione, che i termini della legge non comprendono il caso in disputa, per dover escludere l'applicabilità di questa disposizione, sic-

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 96, n. 7; Grénier, n. 48; Taulier, t. I, pag. 254; Demolombe, t. VI, n. 163.

(2) V. Valette, *Explication sommaire du code civil*, pag. 195; Troplong, *Des donations*, t. IV, n. 2701; Aubry et Rau, t. IV, § 560, n. 17; t. V, § 690, n. 7.

come eccezionale, quand'anche potesse allegarsi l'identità di motivi. Ma questo pure ci sembra ben lungi dal verificarsi. Qualcuno degli autori, professanti l'opinione che ci pare da preferirsi, ha affermato, che la limitazione di capacità a ricevere, stabilita a carico del nuovo coniuge, sia *in odio delle seconde nozze*. E ciò ha dato campo agli avversari per rispondere, che il vero motivo della legge non è di allontanare dalle seconde nozze, ma di *guarentire più efficacemente i diritti ereditari dei figli legittimi, in una circostanza in cui potrebbero essere spesso più compromessi*. E in questo conveniamo pienamente; ma non crediamo poi che l'assunto finale di chi presenta questo argomento possa esserne molto avvantaggiato. Sta bene che si sia inteso soltanto a proteggere i diritti ereditari dei figli, ma non di chiunque possa essere, pei diritti di successione, agguagliato ad un figlio legittimo, sibbene soltanto *dei figli legittimi, nati da precedente matrimonio*. Così ci dice il testo; e colle parole di esso ne concorda anche lo spirito. Il proteggere gl'interessi dei figli d'un anterior matrimonio, contro il pericolo ch'essi fossero sagrificati alle blandizie o forse alle male arti d'un nuovo coniuge, era consigliato da uno scopo d'ordine e di tranquillità delle famiglie, e quindi da un interesse pubblico manifesto. Poteva dirsi altrettanto dell'adottato, messo a fronte della persona con cui l'adottante avesse contratto matrimonio dopo l'adozione? I rapporti suoi coll'adottante, non fondati nei vincoli naturali di famiglia, ma in una pura creazione del diritto positivo, non sono altro in fine che un modo di beneficenza ammesso in suo favore dalla legge. Or questi rapporti non sono forse abbastanza guarentiti col diritto di legittima, che la legge stessa gli concede, come se fosse un figlio nato da matrimonio? Era forse necessario, era anche solo opportuno l'estendere quella beneficenza, limitando maggiormente la facoltà di disporre dell'adottante, quando egli volesse farlo a favore della persona con cui dopo l'adozione si fosse legato in

matrimonio? Non ci sembra davvero che anche in diritto costituendo fosse facilmente giustificabile il restringere così la disponibilità de' beni suoi nell'adottante, e subordinare agl'interessi dell'adottato quelli del coniuge, quand'anche si trattasse di un matrimonio contratto posteriormente all'adozione; mentre, d'altra parte, i diritti successorii dell'adottato sono abbastanza assicurati colla legittima, che gli è sempre riservata intangibile, come se si trattasse di un figlio nato in costanza di matrimonio. Reputiamo pertanto essere fondata sulle migliori ragioni la massima, che *lo spirito e la lettera della legge, che limita la capacità a ricevere del coniuge di seconde nozze a fronte dei figli d'un precedente matrimonio, si oppongono ugualmente a potere applicare quella disposizione all'ipotesi dell'adottato, che la invochi contro la persona con cui l'adottante abbia contratto matrimonio dopo l'adozione.*

134. Nella dottrina francese fu argomento di disputa, se la presenza d'un figlio adottivo potesse fare ostacolo all'esercizio del diritto di riversione dei beni donati all'adottante, che fosse premorto al donatore. Le opinioni erano divise, sì pel caso della riversione legale, spettante allo ascendente sui beni donati al discendente premorto senza lasciar prole, che per l'altro della riversione convenzionale (1).

Nel nostro codice è stato abolito il diritto di riversione legale. Resta però sempre che “ il donante può stipulare “ la riversibilità degli effetti donati, tanto nel caso che “ avesse a premorire il solo donatario, quanto nel caso che “ avessero a premorire il donatario e i suoi discendenti „ (art. 1071 cod. civ.). Evidentemente è solo nell'ultima delle ipotesi prevedute in questo articolo, che può presentarsi la

(1) V. Merlin, *Questions de droit*, vº *Adoption*, § 6; Delvincourt, t. II, pag. 278; Duranton, t. III, n. 320; Troplong, *Des donations*, t. III, n. 1273-1274; Demolombe, t. VI, n. 166-169; Aubry et Rau, t. IV, § 560, n. 18-19; t. V, § 608, n. 14; t. VI, § 700, n. 9-11.

questione, se basti l'essere superstite al donatario un suo figlio adottivo per impedire la riversione. Il *Borsari* la risolve assolutamente in senso negativo (1). Sembra però necessaria una distinzione che fu additata dai signori *Aubry* e *Rau*. — È manifesta l'impossibilità di stabilire un principio generale assoluto in materia di riversibilità convenzionale, dove tutto deve necessariamente dipendere dalla volontà delle parti. Dissero egregiamente i citati autori: " La questione di sapere se l'esistenza d'un figlio adottivo " formi o no ostacolo all'esercizio del diritto di riversione, " *è di fatto piuttostochè di diritto* „. Per risolverla bisognerà dunque, innanzi tutto indagare l'intenzione dei contraenti, desumendola dalle parole dell'atto o dalle circostanze particolari della causa. Ma qualora nessun argomento speciale si offra e il donante abbia semplicemente stipulata *la riversibilità degli effetti donati, pel caso che il donatario premuoia senza figli*, vi si farà luogo se egli lasci *figli adottivi?* Se la donazione precedette l'adozione, od essendo questa anteriore era però ignota al donante, è naturale il presumere che egli non intendesse subordinare la stipulata riversibilità alla condizione che non esistessero figli adottivi non essendo verosimile la previsione di questo raro evento di un'adozione. Ma se al contrario l'adozione preesisteva ed era conosciuta dal donante, è altrettanto giusto il presumere che questi, il quale avebbe potuto stipulare la riversibilità pel caso di *premorienza del solo donatario*, aggiungendo invece la clausola *senza figli*, abbia inteso di comprendervi anche i *figli adottivi*. L'esistenza di questi farà dunque ostacolo alla riversibilità nell'ultimo caso e non nel primo.

135. Le questioni discusse nei tre numeri precedenti riguardavano l'applicazione del principio, che i rapporti di parentela civile derivanti dall'adozione possono essere opposti anche da terze persone o contro di esse, a casi in

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 210-212, § 500 (*e*), pag. 784.

cui fosse l'adottante o l'adottato che volesse far valere quei rapporti contro i terzi.

Proponiamo ora un altro caso nel quale sarebbero terze persone, che opporrebbero quei rapporti all'adottato.

Nell'art. 773 del cod. civile, dopo èssersi stabilito che: " La disposizione testamentaria a vantaggio delle persone " incapaci indicate negli articoli 767, 768, 769, 770, 771 " e 772 è *nulla, ancorchè..... sia fatta sotto nome d'interposta " persona* " si soggiunge che: " *Sono riputate persone inter- " poste il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della " persona incapace* ". E la stessa regola vale eziandio per le donazioni, secondo la massima generale stabilita nell'articolo 1053.

Suppongasi ora che una delle cause d'*incapacità relativa* a ricevere per testamento o donazione, risultanti dai precitati articoli 767 al 772, si verifichi in una persona la quale abbia un figlio adottivo, e sia a favore di quest'ultimo che il testatore o donante abbia disposto. Sarà applicabile la disposizione del predetto articolo 773, e l'adottato dovrà reputarsi come persona interposta per l'adottante incapace producendo quindi la nullità della disposizione testamentaria o della donazione?

Gli autori francesi lo ammettono. Il *Demolombe* professa, anzi, come massima generale, che tutte le disposizioni legislative " le quali creano tra il padre e la madre e il loro " figlio certe proibizioni, certe presunzioni, certe incapacità " fondate su tutto quell'ordine di sentimenti e doveri che " accompagnano la paternità, sull'affetto, sull'influenza " reciproca, sulla comunanza di pensieri e d'interessi, sono " generalmente applicabili tra l'adottante e l'adottato ". È forse troppo questo generalizzare in una teoria assoluta, la quale poi non si accorda colla profonda differenza che il sistema della legge ha stabilito tra i rapporti civili della filiazione legittima e quelli derivanti dalla fittizia quasi-filiazione adottiva, e contraddice direttamente al principio fondamentale, che, versandosi in una finzione giuridica,

non siano da attribuirle altri effetti fuorchè quelli che siano esplicitamente o implicitamente indicati dalla legge stessa.

I signori *Aubry* e *Rau*, tenendosi lontani da una proclamazione di massima così assoluta, hanno però annoverato tra gli effetti giuridici dell'adozione anche questo: ch'essa " genera per rapporto all'adottante e all'adottato le proi- " bizioni, incapacità e presunzioni legali stabilite dagli " articoli . . . 911 e . . . 1100 „ (corrispondenti ai nostri 773 e 1053).

Il *Pacifici-Mazzoni* ha detto egli pure che " le incapacità " e presunzioni legali stabilite dagli articoli 773 e 1053 si " applicano nei rapporti fra l'adottante e l'adottato „ (1).

Non ostante l'imponenza di queste autorità, ci confessiamo non convinti della verità della massima che tenderebbero a farci accogliere; e crediamo di poter dimostrare il contrario, appoggiandoci anche a qualche rimarchevole differenza tra l'art. 773 del codice nostro e il corrispondente 911 del codice Francese.

L'art. 773 contiene due parti ben distinte. La prima consiste nella regola della nullità delle disposizioni a vantaggio di persone incapaci, ancorchè quelle disposizioni siano fatte sotto nome d'interposte persone. E intorno a ciò è indubitabile, pei principii generali di diritto, che chi impugni una liberalità, siccome fatta per interposta persona a profitto di un incapace, ha l'onere di provare l'allegata interposizione. Ne è dispensato eccezionalmente, qualora si tratti di disposizione fatta a favore *del padre, della madre, dei discendenti o del coniuge dell'incapace;* le quali persone si reputano, in virtù d'una presunzione legale assoluta, come interposte per l'incapace stesso; ed è questa la seconda parte della disposizione dell'art. 773. La quale pertanto ha, come accennammo,

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 152; Aubry et Rau, t. IV, § 560, n. 3° (*c*), n. 10; t. V, § 649, n. 62; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 535, 3°. V. inoltre Duranton, t. VIII, n. 274; Troplong, *Des donations et testaments*, t. II, n. 723.

un carattere ben determinato di *eccezione;* sia perchè questo è comune a tutte le presunzioni legali, siccome deroganti alla norma generale circa l'onere della prova; sia perchè una disposizione testamentaria o di donazione, che per sè sarebbe pienamente efficace, si reputa contenere una frode *alla legge*, epperò *si annulla* senza ammettere la possibilità della prova in contrario; sia, in fine, perchè conseguenza di tutto ciò è il far ricadere sulla persona stessa, che si reputa interposta, le conseguenze d'un'incapacità non sua. Ora, può mai essere lecito l'estendere un'eccezione oltre i termini in cui fu stabilita dalla legge, e il far partecipe degli effetti d'una incapacità civile anche persone che il testo legislativo non comprende? Evidentemente ostano a ciò i più certi e fondamentali principii di diritto. Poichè dunque l'art. 773, § 2°, dichiara reputarsi persone interposte soltanto *il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della persona incapace*, non possiamo senza arbitrio aggiungervi il *figlio adottivo*, che non è compreso in quella enumerazione.

Il codice Francese aveva usata un'espressione diversa; diceva considerarsi " interposte persone, i padri, le madri, " *i figli* e discendenti ed il coniuge della persona incapace ". Ed era appunto l'esservi detto *figli*, senza distinguere se legittimi o naturali o adottivi, che induceva i citati autori a ritenere compresi nella disposizione anche *i figli adottivi*. Nel codice Italiano essendo stata soppressa quella parola, *figli*, l'argomento ora detto non può più trovare luogo. Al contrario, la sola menzione generica dei *discendenti* riesce ad escludere piuttosto i figli adottivi; perciò che il concetto di *discendenza* implica necessariamente quello della generazione; e ben a ragione osservò ad altro proposito il *Borsari*, che " *discendenti non possono chiamarsi* " *i figli adottivi* ".

Ben s'intende però non essere escluso che anche i figli adottivi dell'incapace possano essere ritenuti e dichiarati giudizialmente come persone interposte. Anzi il vincolo della adozione, che leghi la persona apparentemente

beneficata a quella che sarebbe incapace a ricevere potrà costituire una *presunzione*, la quale concordando con altre circostanze gravi e precise, valga a formare la prova dell'interposizione. Ma sarà quella allora una *semplice presunzione di fatto*, lasciata alla prudenza del giudice (art. 1354 cod. civ.) e non la *presunzione legale assoluta* stabilita dall'art. 773, § 2°, la quale, non solo basterebbe da sè sola, ma escluderebbe perfino qualunque prova contraria. E questa differenza che viene a stabilirsi tra i figli o discendenti legittimi e i figli adottivi, ha poi una facile giustificazione: avvegnachè non possano paragonarsi, come più volte osservammo, i rapporti naturali e civili procedenti dalla filiazione legittima, con quelli puramente civili e fittizi, che nascono dall'adozione; nè quindi possa neppure istituirsi il confronto nel fondamento che l'uno e l'altro ordine di rapporti possano porgere ad una presunzione legale assoluta d'interposizione di persona a profitto d'un incapace.

136. Fu proposta anche la questione, se dall'adozione possa derivare un'*affinità civile;* e fu decisa in vario senso nella giurisprudenza francese. È un argomento su cui ci accadde altre volte di dover dare incidentemente qualche cenno, al quale basterebbe qui riferirci (1). Aggiungeremo soltanto, a conferma della massima che un vero vincolo di affinità non nasce dall'adozione, che per ritenere diversamente sarebbe necessaria una disposizione almeno implicita della legge, poichè quest'affinità civile diverrebbe uno degli effetti dell'adozione, la quale, come finzione giuridica, non può averne altri che quelli dalla legge stessa indicati. Ora non abbiamo alcun testo da cui risulti il concetto di tale affinità. Nè sarebbe giusto considerare come riferentesi implicitamente ad essa la disposizione dell'articolo 60, che vieta il matrimonio tra l'adottato e il coniuge

---

(1) V. *Corso elem. Cod. civ.*, 1ª ediz. Grazioli, vol. II, n. 8, pag. 22.

dell'adottante o tra l'adottante e il coniuge dell'adottato; giacchè più volte osservammo come questa ed altre disposizioni del predetto articolo non si fondino sopra supposti vincoli di parentela o di affinità tra le persone ivi contemplate, ma sopra speciali ragioni di ordine e di onestà pubblica.

137. II. La regola che “ l'adottato assume il co- “ gnome dell'adottante e l'aggiunge al proprio „ (art. 210, p. 1ª, cod. civ.) serve nella sua applicazione a presentare un segno esteriore del vincolo di parentela civile che l'adottato contrae coll'adottante, senza per questo cessare di appartenere, per tutti gli effetti civili di diritti e d'obbligazioni, alla propria famiglia naturale.

Siccome poi quel vincolo di parentela è personale e ristretto ai soli rapporti tra adottante e adottato, nè si estende alla famiglia dell'adottato nè ai parenti dell'adottante, nè produce affinità tra il coniuge di questo e lo adottato, devono risentirsi le conseguenze di questi principii anche nell'applicazione della regola predetta, relativa al cognome che l'adottato assume. Quindi è che se l'adottante sia una donna maritata, è il cognome della famiglia di lei, non quello ch'ella ha preso dal marito, che si comunica all'adottato (1). Quindi ancora che i figli dell'adottato nati prima dell'adozione conservano il cognome della famiglia a cui appartengono, senza aggiungervi quello dello adottante, col quale, come già dimostrammo, non contraggono parentela civile (2). I figli poi nati posteriormente all'adozione portano amendue i cognomi, solo perchè si comunica a loro il cognome del padre quale è al momento della loro nascita, quantunque neppur essi abbiano con l'adottante rapporti di parentela civile (3).

---

(1) V. Marcadé, art. 350, § I, t. II, n. 105; Demolombe, t. VI, n. 145; Aubry et Rau, t. IV, § 560, n. 8.

(2) V. sopra, n. 124, pag. 254 e seguenti.

(3) V. Merlin, *Questions de droit*, vº *Adoption*, § 7; Demolombe, t. VI, n. 141.

Col cognome dell'adottante non si trasferiscono all'adottato i *titoli di nobiltà e le armi gentilizie.* L'art. 196 del codice Albertino lo esprimeva, dichiarando necessaria una *sovrana concessione fatta sulla domanda dell'adottante.* — Non fu riprodotta questa disposizione, considerando " che " la materia dei titoli di nobiltà è estranea al diritto civile " e riceve norma dai diplomi di concessione e da speciali " provvedimenti d'ordine politico " (1). Ma ciò stesso serve a dimostrare che la trasmissione dei titoli di nobiltà e delle armi gentilizie non è dunque tra gli *effetti civili* della adozione (2).

Sezione II.

Degli effetti dell'adozione nei rapporti d'interesse pecuniario.

Sommario. — 138. Enumerazione degli effetti, che l'adozione produce tra adottante e adottato nei rapporti d'interesse pecuniario. — 139. (I) Dell'obbligazione dell'adottante di continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato, e di somministrargli i sussidi di cui avesse bisogno. — 140. (II) Dell'obbligazione reciproca di alimenti tra adottante e adottato. — 141. (III) Dei diritti dell'adottato nella successione legittima dell'adottante. — 142. Del diritto di legittima spettante all'adottato nella successione testamentaria dell'adottante. — 143. L'adottante non ha alcun diritto sulla eredità dell'adottato. — 144. All'adottante non è neppure conceduto il diritto di riversibilità degli effetti ch'egli avesse donati all'adottato.

138. Gli effetti dell'adozione, quanto ai rapporti di interesse pecuniario, consistono:

1° nell'obbligazione che assume l'adottante, di *continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato, e di fornirgli i sussidi di cui avesse bisogno* (art. 211, § 1°, cod. civile);

2° nell'obbligazione reciproca, tra adottante e adottato, di somministrarsi gli alimenti in caso di bisogno (d.° art. 211, § 2°);

3° nei diritti dell'adottato sulla eredità dell'adottante (art. 210, p^{e} 2^{a}, combinato cogli art. 737, 806 cod. civile).

---

(1) V. Relazione senatoria, pag. 68-69.

(2) V. *contra:* Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 535, 1°, n^{a} 1^{a}.

139. I. Collochiamo per primo, tra gli effetti civili dell'adozione in quest'ordine di rapporti, l'obbligo che l'art. 211, § 1°, impone *al padre ed alla madre adottivi, di continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato;* coerentemente al principio, che ci parve dimostrato, che questa obbligazione abbia un oggetto meramente pecuniario, quello cioè concernente le spese necessarie per l'educazione dell'adottato, senza attribuire però sulla persona di lui veruna autorità all'adottante, pel fine di dirigere l' educazione stessa (1).

Nella dottrina francese appena era accennato da qualche autore il dubbio, se dovesse ritenersi comune anche all'adottante l'obbligo di educazione, che incomberebbe ai genitori legittimi e naturali. In quel codice essendo vietato adottare chi non fosse maggiore di età, e il dovere di educazione cessando per natura sua alla maggiorità del figlio, era troppo chiaro non potervi esser caso di esistenza di quel dovere verso l'adottato (2). Ma nel codice Italiano essendosi ammessa l'adozione anche del minorenne, purchè abbia compiuto i 18 anni, doveva prevedersi il caso non infrequente, che si verificasse il bisogno di compiere l'educazione dell'adottato. E trattandosi di un atto di beneficenza, tendente a migliorare la condizione civile e pecuniaria dell'adottato medesimo, era anche naturale l'imporre all'adottante l'onere delle spese, che potessero occorrere per quello scopo.

Sotto l'impulso del medesimo concetto, relativo allo scopo speciale dell'adozione per ciò che riguarda l'adottato, la nostra legge non si è poi limitata a tenere obbligato l'adottante a sostenere le spese che potessero abbisognare per l'educazione non ancora compiuta dell'adottato medesimo, ed a somministrargli, occorrendo, gli alimenti; ma parla altresì di *sussidi*, che possono, in caso di bisogno,

---

(1) V. sopra, n. 129, pag. 266 e seg.
(2) V. Marcadé, art. 349, § II, t. II, n. 106.

essere richiesti. Nè crediamo potersi ritenere questa parola come usata a caso e senza attribuirle il significato d'una particolare obbligazione imposta all'adottante, la quale, d'altronde, può essere abbastanza giustificata dagli speciali rapporti che egli volontariamente contrae verso l'adottato. Così anche la somministrazione dei mezzi necessari per dare a questo uno stabilimento, per abilitarlo all'esercizio d'una professione o d'un'arte, potrebbero, se non erriamo, essere oggetto di una vera obbligazione civile a carico dell'adottante. — Spetterebbe poi, ciò ben s'intende, alla prudenza dell'autorità giudiziaria, che fosse chiamata a pronunciarsi sulla contestazione insorta, il deciderla nei termini d'un'equa moderazione.

140. II. “ L'obbligazione degli alimenti, in caso di “ bisogno, è reciproca tra l'adottante e l'adottato „. Così dispone nella prima sua parte il secondo paragrafo dell'articolo 211. Non si tratta più qui di beneficenza — la quale sarebbe propria soltanto dell'adottante verso l'adottato — ma di un dovere d'umanità fondato nei rapporti di quasi-paternità o quasi-maternità e quasi-filiazione. E come questi rapporti sono necessariamente reciproci, è naturale che lo sia parimente l'obbligo alimentario che ne deriva. Non cessano però, com'è chiaro, le obbligazioni per somministrazione di alimenti, che per natura e per legge sussistono pure reciprocamente tra l'adottato e certi de' suoi parenti legittimi, od affini: coniuge, discendenti, ascendenti, genero o nuora, suocero o suocera, fratelli o sorelle; avvegnachè l'adottato *conservi tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale*. Se pertanto l'adottante non fosse in grado di somministrare gli alimenti che abbisognassero all'adottato, non sarebbe pregiudicato in nessun modo il diritto di quest'ultimo di richiederli alle persone sopra ricordate, secondo l'ordine e colle norme stabilite dalla legge. L'adottato, a sua volta, dovendo prestare gli alimenti all'adottante, non sarebbe perciò esonerato da simile obbligazione a fronte

delle altre persone verso cui ne è tenuto; e quando non avesse mezzi sufficienti per provvedere completamente al bisogno di tutte, spetterebbe al tribunale il determinare l'equo riparto della parziale somministrazione di alimenti, a cui l'obbligato potesse prestarsi (1).

Un dubbio abbastanza grave potevasi presentare, per certi casi, circa l'ordine dell'obbligazione alimentaria tra l'adottante o l'adottato della persona bisognosa d'alimenti, ed altri aventi la stessa obbligazione a termini del diritto comune. — *Per certi casi,* abbiam detto; perchè effettivamente quando l'adottante o l'adottato si trovasse in presenza del coniuge dell'alimentando, o di suoi affini, od anche di parenti d'ordine diverso da quello della parentela civile derivante dall'adozione, non potrebbe essere contestata l'applicabilità delle regole generali stabilite per l'ordine da osservarsi tra gli obbligati, a norma dell'art. 142. — Così se l'alimentando ha il coniuge, non è dubbio che questi sia tenuto a preferenza dell'adottante o dell'adottato, poichè lo è prima ancora degli stessi discendenti legittimi e naturali. — L'adottato sarà tenuto prima degli ascendenti legittimi e naturali, poichè precederebbero a questi i figli o discendenti legittimi, di cui l'adottato tiene il luogo; e per simile ragione, se la persona che ha bisogno di essere alimentata abbia ad un tempo figli adottivi e padre o madre adottivi, dovrà rivolgersi prima a quelli che a questi. — L'adottante non sarebbe obbligato agli alimenti qualora l'alimentando avesse figli o discendenti legittimi, giacchè questi ne esonererebbero lo stesso genitore legittimo di lui. Se però l'alimentando non avesse che figli naturali, l'obbligazione loro verrebbe necessariamente dopo quella dello adottante, come emerge dall'art. 187, il quale, dichiarando che " il figlio naturale deve gli alimenti al genitore *quando* " *questi non abbia ascendenti....... legittimi.......* che siano in " grado di somministrarglieli ", viene a stabilire implici-

(1) V. vol. V, parte II, n. 292, pag. 471 e seg.

tamente che non glieli debba quando il genitore abbia padre o madre adottivi, poichè questi sono obbligati prima degli stessi ascendenti legittimi, secondo l'art. 211, § 2°. — Qualora poi insieme all'adottante o all'adottato vi fossero il genero o la nuova, il suocero o la suocera, i fratelli o le sorelle della persona che chiede gli alimenti, è certo che tutti costoro non sarebbero tenuti che dopo l'adottato o l'adottante, come sarebbero preceduti dai discendenti od ascendenti legittimi. — Tutto ciò, ripietiamo, non è che l'applicazione dei principii generali stabiliti negli art. 142 e 187 e non sembra poter ammettere contestazione. Ma quando coll'adottato vi fossero i figli legittimi o naturali, o coll'adottante i genitori legittimi o naturali, sarebbe disputabile in teoria se queste persone potessero essere chiamate concorrentemente alla prestazione alimentaria, o le une dovessero esservi obbligate prima delle altre. Nella dottrina francese non mancò di fatto su questo argomento una qualche discrepanza di opinioni. Tutti veramente erano d'accordo nell'ammettere che l'*adottato* dovesse, in caso di bisogno, gli alimenti all'adottante *congiuntamente ai figli legittimi*, che a lui fossero sopravvenuti. Ma, al contrario, quanto all'*adottante*, mentre alcuni lo ritenevano obbligato a somministrare gli alimenti all'adottato *congiuntamente ai genitori od ascendenti legittimi di quest'ultimo* (1), altri opinava invece che “ prima questi che quello ne fossero “ tenuti „ (2).

Il codice Italiano ha sciolto il dubbio con una disposizione espressa, che in parte si scosta dalle opinioni surricordate. Nel citato art. 211, § 2°, dopo aver detto, come già riferimmo, che: “ L'obbligazione degli alimenti, in caso di “ bisogno, è reciproca tra l'adottante e l'adottato „, si soggiunge: “ *Essa però nell'adottante precede quella dei genitori*

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n, 148, 2°; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560 (*e*).

(2) V. Marcadé, art. 349, § II, t. II, n. 106.

“ *legittimi o naturali, e nell'adottato concorre con quella dei*
“ *figli legittimi o naturali dell'adottante* „.

Quest'ultima parte della regola data dalla nostra legge, concorda perfettamente colla massima, che, come dicemmo, era stata accolta unitamente dagli autori francesi. Il *Marcadé* ne rende ragione osservando che “ come l'adottato ha “ nell'eredità dell'adottante gl'identici diritti di successione “ spettanti allo stesso figlio legittimo, così l'obbligazione “ alimentaria deve essere pure esattamente la stessa; di “ guisa che se la persona, che si trovi in bisogno, abbia “ due figli, l'uno adottivo e l'altro legittimo, essi dovranno “ amendue e simultaneamente gli alimenti „. È il principio = *ubi successionis emolumentum, ibi onus alimentorum esse debet* = che costituisce, come a suo luogo osservammo, una delle principali norme direttive per stabilire l'ordine fra le persone soggette all'obbligazione alimentaria, e che trova in questa specialità una delle sue applicazioni. Dimostrammo però che non è quella una norma costante e assoluta, ma va soggetta a non poche limitazioni, giustificate dall'indole speciale dei rapporti giuridici esistenti fra certe persone; in vista dei quali rapporti diviene talvolta ragionevole che l'ordine di succedere e l'ordine tra le persone obbligate alla prestazione alimentaria siano assoggettati a norme diverse (1). Ed una limitazione somigliante facilmente si scorge in questa stessa disposizione dell'art. 211; poichè vi è dichiarato che *l'obbligazione degli alimenti nello adottato concorre con quella non solo dei figli legittimi, ma anche dei figli semplicemente naturali.* Ora i figli naturali non hanno certamente diritti identici a quelli dei figli adottivi, nell'eredità dei loro genitori; ma essendo gli adottivi parificati ai legittimi, quanto ai diritti successorii (articolo 737 cod. civ.), i figli naturali, concorrendo con essi, non hanno diritto che *alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi* (art. 744 codice civile). Se

---

(1) V. vol. V, parte II, n. 288, pag. 456 e seg..

dunque si seguisse a rigore la massima di una perfetta corrispondenza tra il beneficio della successione e l'onere dell'obbligazione alimentaria, dovrebbe derivarne che i figli naturali, concorrendo con figli adottivi a prestare gli alimenti al genitore, non vi fossero tenuti che per una metà di quanto dovrebbero, se fossero legittimi (1). All'opposto è reso evidente dal testo medesimo della legge, che figli naturali e figli adottivi sono posti in questa materia in condizioni perfettamente identiche, e tutti ugualmente sono tenuti alla prestazione alimentaria verso l'adottante e genitore rispettivo, non altrimenti che se fossero altrettanti figli legittimi di lui. Forse il legislatore ha considerato che nei figli naturali il vincolo del sangue possa compensare l'illegittimità della filiazione, sicchè si giustifichi il considerarne il rapporto, quanto al dare fondamento all'obbligazione alimentaria, come pari a quello della parentela civile nascente dalla adozione, nella quale il vincolo del sangue manca.

Quanto all'adottante, la nostra legge ha voluto che in lui l'obbligazione degli alimenti verso l'adottato *preceda quella dei genitori legittimi o naturali*. Così non fu accolta nessuna delle due opinioni, che sopra indicammo come professate a questo proposito nella dottrina francese. Quella tra esse che poneva in pari condizioni l'adottante e gli ascendenti legittimi della persona chiedente gli alimenti, fondavasi sulla imitazione dei rapporti naturali e civili della filiazione legittima, ch'erasi voluto ottenere mediante la finzione giuridica dell' adozione, e se ne argomentava che pari dovesse essere eziandio l'effetto dell'obbligazione alimentaria. Ma non abbiamo bisogno di osservare di nuovo quanto sia imperfetta quest'imitazione della natura, epperò quanto poco sia esatto il voler parificare gli effetti giuridici che ne derivano, con quelli che risultano dalla paternità o maternità legittima.

---

(1) V. vol. V, parte II, n. 290, pag. 464.

L'altra opinione faceva suo pro della massima sopra rammentata, secondo cui dovrebb'esservi corrispondenza tra il diritto di successione e l'obbligazione alimentaria, dicendo che " come l'adottante non ha alcun diritto di successione " sui beni dell'adottato, i principii esigono che non gli " siano chiesti gli alimenti da quest'ultimo, se non *quando " non esista alcun discendente od ascendente legittimo dello " adottato, che sia in grado di somministrarglieli* ". Ma il nostro legislatore reputò che anche qui si dovesse abbandonare eccezionalmente l'osservanza del principio = *ubi successionis emolumentum, ibi onus alimentorum* = per seguire piuttosto le considerazioni relative alla speciale indole dei rapporti che dànno fondamento all'obbligazione alimentaria. " L'adottante — così dice assai bene il *Borsari* — " assume principalmente un'opera di beneficenza, imponendosi le più gravi obbligazioni dei genitori naturali ed " anche legittimi. Si presenta spontaneo alla mente che il " padre o la madre adottivi debbano coprire dalle molestie " degli alimenti i genitori, che gli affidarono il proprio " figlio e hanno creduto nelle sue promesse ".

Dal testo stesso del nostro art. 211 appare chiarissimo, che nell'adottante l'obbligazione degli alimenti verso l'adottato precede non solo quella dei genitori *legittimi*, ma eziandio dei *genitori naturali*. Ed infatti vi era piuttosto ragione maggiore per ammettere che questi ultimi fossero obbligati ad alimentare il figlio solamente dopo l'adottante. Per questa stessa considerazione non si può a meno di ritenere che dei genitori *naturali* siasi qui parlato nel senso più esteso, intendendo comprendervi non solo quelli la cui paternità o maternità sia stata legalmente riconosciuta o dichiarata giudizialmente, ma quelli ancora dei quali il riconoscimento è vietato, cioè gli *adulterini* o *incestuosi*. Se anche, verificandosi uno de' casi contemplati nell'art. 193, facciasi luogo eccezionalmente all'azione del figlio per ottenere gli alimenti, è troppo chiaro però che quest'obbligazione alimentaria, ammessa in via di eccezione, non può

avere maggior forza di quella spettante ai genitori naturali legalmente riconosciuti: epperò non meno di essa deve rimanere in second'ordine dopo quella dell'adottante.

Un'ultima osservazione ci resta a fare su questo articolo 211. Sebbene vi siano considerati a fronte dell'adottante i soli genitori, tuttavia non può esser dubbio che l'obbligazione alimentaria dell'adottante debba precedere anche quella, che in mancanza dei genitori incomberebbe agli altri ascendenti legittimi. Non può esser dubbio; appunto perchè questi ascendenti non sono obbligati se non in mancanza dei genitori o quando essi non abbiano mezzi sufficienti; epperò l'adottante, che precede nell'obbligazione alimentaria gli stessi genitori legittimi, a maggior ragione dev'essere tenuto prima degli ascendenti legittimi ulteriori.

141. II. " I diritti dell'adottato sulla eredità dello " adottante sono determinati nel titolo *delle successioni* " (art. 210, § 2°, cod. civile) „.

E infatti, per ciò che riguarda la successione legittima, l'art. 737 dichiara che " sotto nome di figli legittimi si " intendono anche i figli legittimati, *gli adottivi ed i loro* " *discendenti* „. Pei diritti di successione legittima nella eredità dell'adottante, il figlio adottivo è dunque pareggiato completamente a quello che fosse nato da legittimo matrimonio; e il complesso di tutte le norme generali che costituiscono il sistema legale di successione pei figli legittimi si estende parimente senza veruna limitazione anche a favore di chi sia stato adottato dalla persona della cui eredità si tratta. Facilmente si scorgono le conseguenze di questo principio fondamentale; e alcune di esse ci passarono già sotto gli occhi. Come più figli legittimi consuccedono *per capi*, così parimente avverrà di più figli adottivi; e se uno o più di questi si trovino in presenza di figli legittimi sopravvenuti all'adottante, concorreranno con essi ugualmente *per capi* (art. 737, § 2°, cod. civ.). Come i figli nati in costanza di matrimonio escludono dalla successione

del genitore i collaterali od anche gli ascendenti di lui, altrettanto dovrà ritenersi pei figli adottivi: a fronte dei quali gli ascendenti non potrebbero neppure reclamare verun diritto di legittima. Anche su quest'ultimo punto la dottrina può dirsi concorde; salvochè vi è stata in contrario l'opinione del *Toullier*, il quale pensò potersi considerare come conforme allo spirito del codice Francese la massima stabilita in qualche altra legislazione, che *il padre e la madre dell'adottante avessero a succedergli come se l'adozione non avesse avuto luogo, qualora essi non vi avessero prestato il loro consenso* (art. 672 del codice Prussiano). Ma era troppo evidente l'inconciliabilità di questa opinione colla regola stabilita nell'art. 350 del codice Francese, e ripetuta nel nostro art. 737, che *l'adottato avesse sull'eredità dell'adottante gli stessi diritti che vi avrebbe il figlio nato dal matrimonio.* Poichè questi escluderebbe dalla successione *gli ascendenti* della persona della cui eredità si tratta, com'è possibile che non li escluda il figlio adottivo? E se quelli ne sono esclusi, come potrebbero poi farsi ammettere ad esercitare un *diritto di legittima*, che non è altro, in fine, che un diritto successorio, esercitabile soltanto nella qualità di erede?

Ancora: come " i *figli naturali* concorrendo *coi figli legit-" timi o loro discendenti*, hanno diritto alla *metà della quota " che sarebbe loro spettata se fossero legittimi* (art. 744 codice " civile) ", la stessa proporzione dovrebbesi pur osservare nel concorso di figli naturali con figli adottivi.

142. Il codice Francese si limitava a dichiarare nell'art. 350 che " l'adottato sull'eredità dell'adottante avrà " gli stessi diritti che vi avrebbe il figlio nato dal matri-" monio ". Da ciò solo potevasi però dedurre con sicurezza, che come al figlio nato dal matrimonio spettava sull'eredità del genitore la *legittima*, che fuor di dubbio è un diritto successorio, così anche l'adottato potesse reclamare la legittima nella successione dell'adottante. E questo prin-

cipio era infatti ammesso senza contrasto. Dopo ciò non sarebbe stato logico il negare, in massima, che anche a favore dei figli adottivi si estendesse il mezzo necessario di sanzione della legittima, la facoltà, cioè, di esigere la riduzione delle liberalità eccedenti la porzione disponibile. Ben però facevasi questione — ed era gravissima la disputa — intorno ai beni che potessero formar oggetto della riduzione stessa. Vi fu perfino chi pensò che il diritto di legittima potesse esercitarsi soltanto sui beni che alla morte dell'adottante si trovassero ancora nell'eredità di lui, e per conseguenza le sole disposizioni testamentarie fossero suscettibili d'essere impugnate mediante l'azione di riduzione, qualora sorpassassero la disponibile (1). Ma questa opinione non ebbe seguaci. Essa era troppo evidentemente arbitraria. L'ammettere in favore dell'adottato il diritto di legittima, e nello stesso tempo limitarne l'oggetto ai soli beni lasciati dal defunto nella propria eredità, equivaleva a creare una legittima diversa da quella istituita dalla legge; la quale comprende tutti i beni che non siano usciti dal patrimonio del defunto per titolo diverso da quello di donazione, e può dar luogo a ridurre tutte le liberalità da lui fatte oltre la disponibile, sia per atto fra vivi, sia d'ultima volontà. Gli altri autori pertanto, concordi nel principio di ritenere soggette a riduzione anche le donazioni fatte dallo adottante, erano però divisi di parere allorchè si trattava di determinare se tale principio dovesse estendersi a tutte indistintamente le donazioni, o limitarsi a quelle che fossero *posteriori all'adozione*. E se molte e gravi autorità potevano addursi per la prima opinione (2), altre però ve ne erano in senso opposto (3). Di tutto ciò avemmo a dar

(1) V. Delvincourt, pag. 96, n. 5.

(2) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *Adoption*, § 5, n. 2-3; Duranton, t. III, n. 319; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 222, 3ª quest., obs.; Marcadé, art. 350, § II, t. II, n. 108-109; Demolombe, t. VI, n. 160-162; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560, n. 14.

(3) V. Toullier, t. II, n. 1011; Grénier, *De l'adoption*, n. 40-41; Taulier, t. I, pag. 452-454.

cenno superiormente trattando di tutt'altra questione (1). Ma qui l'argomento ci costringe a parlarne con qualche maggiore estensione; sebbene lo sviluppo completo debba riservarsene alla parte che tratta delle successioni.

Nel codice nostro abbiamo una disposizione speciale, che toglie ogni dubbio possibile intorno allo spettare il diritto di legittima anche ai figli adottivi. È l'art. 806, nel quale essi sono parificati completamente ai figli legittimi quanto al diritto predetto. Non basterebbe questo solo per dover ritenere, che, come la legittima attribuita ai figli nati in costanza di matrimonio comprende anche i beni donati in sua vita dal genitore ad altri, e può dar luogo alla riduzione delle donazioni eccedenti la disponibile, sebbene siano state anteriori al nascimento di quei figli e il donante non ne abbia per la sopravvenienza di essi domandata la rivocazione, debba parimente a profitto dei figli adottivi ammettersi la riduzione delle donazioni fatte dall'adottante, quantunque anteriori all'adozione? Ma vi è di più. L'art. 1091, stabilendo il principio fondamentale per la riduzione delle donazioni, ha dichiarato ch'esse vi sono soggette “ se *al tempo della morte del donante* si riconoscono “ eccedenti la porzione de' beni di cui può disporre lo “ stesso donante, *secondo le norme stabilite nel capo II del* “ *titolo II di questo libro.* „ Ora a tenore di queste norme, l'adottante non può disporre se non di quella stessa porzione che la legge lascierebbe in suo arbitrio s'egli avesse figli legittimi; e, come dice espressamente e giustamente l'articolo, non è al tempo della data disposizione, ma a quello *della morte del donante*, che bisogna riferirsi per riconoscere se le donazioni fatte stiano entro i limiti della disponibile. Cosicchè se all'aprirsi della successione il defunto lascia un figlio adottivo, che non aveva ancora quando fece le donazioni, deve stabilirsi la legittima per quell'adottato come se fosse un figlio nato da matrimonio,

(1) V. sopra, n. 98, pag. 202-205.

e conseguentemente farsi luogo alla riduzione delle donazioni che la offendano, *in qualunque tempo siano state fatte*, sebbene anteriormente all'adozione. È questa, ci sembra, la conclusione cui ci guidano naturalmente i testi della nostra legge. Si pone essa forse con ciò in contraddizione coi principii fondamentali di diritto? Si è preteso di dimostrarlo, dicendo: che l'adozione non è altro, in fine, se non una beneficenza a favore dell'adottato, nè può ammettersi che una liberalità posteriore valga a far cessare od a diminuire gli effetti d'una liberalità precedente; chè altrimenti si lascierebbe in balìa del donante di poter dar causa, per modo indiretto, alla rivocazione della propria liberalità, e si offenderebbe il principio che l'adozione non possa dar luogo a rivocare le donazioni anteriori (1); che così l'adozione potrebbe diventare un mezzo di frode; che a fronte dell'ingiusto danno, che si farebbe al donatario, l'adottato non avrebbe un interesse legittimo da allegare, poichè non avendo egli potuto contare sui beni che prima ancora dell'adozione erano irrevocabilmente usciti dal patrimonio dell'adottante, non gli sarebbe tolta neppure una legittima speranza, non che offendere un suo diritto acquisito.

A tutto questo sono però facili e decisive le risposte. L'adozione ha certamente uno scopo di beneficenza verso l'adottato; ma non può considerarsi perciò come una semplice liberalità pecuniaria. Essa ha per oggetto diretto l'attribuzione d'una speciale modalità di stato personale, d'una quasi-filiazione nei rapporti civili; e se ne derivano effetti consistenti in diritti pecuniari, ciò non avviene che per conseguenza ed accessoriamente. Non ha dunque alcuna applicabilità la massima che una liberalità posteriore non possa scemare gli effetti giuridici dell'anteriore.

È fuor di luogo il parlare di *rivocazione della donazione*, l'argomentare dal non essere questa ammessa in virtù dell'adozione posteriore, come se fosse sopravvenuto un

---

(1) V. sopra, n. 132, pag. 271-274.

figlio legittimo al donante, il dire che questi perverrebbe per mezzo indiretto a tale rivocazione. Siamo in tutt'altro campo. Qui non si tratta di rivocare la donazione ad istanza del donante, ma di ridurla, dopo la morte di questo, a benefizio del figlio adottivo di lui, se pure se ne trovi lesa la legittima, che la legge gli accorda. Certamente l'adozione non può esser causa di rivocare le donazioni fatte anteriormente dall'adottante. Ma neppure la sopravvenienza d'altri figli del donante, che già ne avesse al tempo della donazione, fa luogo a rivocar questa. Forsechè per ciò questi nuovi figli non hanno diritto di chiedere, se ne sia il caso, la riduzione delle donazioni anteriori alla loro nascita?

È erroneo l'aspetto sotto cui si vorrebbe considerare l'atto di adozione come mezzo indiretto di ottenere l'equivalente della rivocazione delle donazioni. Innanzi tutto la riduzione non profitta che al figlio adottivo del donante, quale erede legittimario di lui. D'altro lato non è neppure esatto che sia il donante che col proprio atto di adozione dia causa a togliere in tutto o in parte efficacia alle donazioni da lui precedentemente fatte. L'adottante coll'atto suo non fa altro veramente che attribuire, in virtù della legge, la qualità di figlio adottivo. È poi la legge stessa, che in conseguenza di questa modificazione di stato personale, dà all'adottato il diritto di legittima, e quello conseguente di chiedere, se ne sia caso, la riduzione delle donazioni anche anteriori all'adozione.

Si teme che l'adozione si faccia a scopo di frode in danno di anteriori donatari, affinchè essi rimangano privati, almeno in parte, delle liberalità ad essi fatte. Ma non offrono forse guarentìa sufficiente contro l'immaginato pericolo le formalità stesse dell'adozione, e l'esserne rimessa la necessaria omologazione in facoltà della Corte d'appello?

Si dice a torto che l'adottato non deve contare sui beni usciti prima dal patrimonio dell'adottante. Egli calcola legittimamente anche su quelli, per quanto eventualmente

possa rendersi necessario ad integrare la legittima a cui può avere diritto, poichè in questo la legge lo pareggia perfettamente ad un figlio legittimo.

Ma il donatario, si aggiunge, subirà ingiustamente un danno inaspettato! Nè ingiusto nè inaspettato può considerarsi; giacchè qualunque donazione è sempre soggetta eventualmente a riduzione, se *al tempo della morte del donante* si trovino esistenti persone a cui spetti un diritto di legittima, e le cui ragioni siano offese da quelle liberalità. Se fosse sopravvenuto un figlio legittimo, la donazione sarebbe stata *rivocabile*, e quand'anche non revocata, sarebbe sempre rimasta *soggetta a riduzione*, qualora si fosse riconosciuta eccedere la porzione disponibile. La sopravvenienza d'un figlio adottivo, che non dà luogo a rivocazione, rende però ammissibile la riduzione della donazione, come mezzo necessario per tradurre in atto quella perfetta parità, che la legge volle stabilire tra il figlio adottivo e quello nato da matrimonio, per rispetto al diritto di legittima.

143. L'adozione non conferisce diritto alcuno all'adottante sull'eredità dell'adottato, sia per successione intestata, sia, per maggior ragione, a titolo di legittima nella successione testamentaria (1). Questa massima risulta chiarissimamente dai testi medesimi del nostro codice; dall'articolo 210, che avverte esservi *diritti dell'adottato sulla eredità dell'adottante*, e non diritti di questo sulla eredità di quello; dall'altro articolo 212, nel quale essendo stabilito che l'adottato conserva tutti i suoi rapporti civili verso la famiglia naturale, e fra essi anche quelli dei diritti successorii, ne risulta evidentemente che i diritti dei parenti legittimi dell'adottato nella eredità di lui non possano

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 311; Grénier, n. 41; Demolombe, t. VI, n. 170-171; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 560, n. 20; Laurent, t. IV, n. 254; Borsari, *Comm.*, art. 210-212, § 500, lett. (*f*), pag. 784; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 535, 7°, n. 4, pag. 369.

essere alterati menomamente pel concorso dell'adottante. Perchè questo concorso fosse ammissibile, e ne risultassero postergati o diminuiti i diritti ereditari dei parenti legittimi dell'adottato, sarebbe necessario un testo di legge, che disponesse chiaramente in proposito; e questa legge non vi è. Se poi anche mancassero parenti legittimi o naturali e coniuge dell'adottato, l'eredità di lui si devolverebbe al patrimonio dello Stato (art. 758 cod. civ.); ma l'adottante non potrebbe ancora pretender nulla della successione, perchè è la legge sola che la devolve alle persone da essa determinate, fra le quali non trovasi compreso l'adottante (art. 721 cod. civ.), e perchè in mancanza di coloro che le disposizioni espresse della legge chiamano a succedere, l'eredità non può devolversi che al patrimonio dello Stato (d.° art. 721 e 758).

È vero che con codesta massima si viene a derogare al principio di reciprocità, riguardato come fondamentale nella successione intestata, mentre l'adottato è pareggiato al figlio legittimo nel diritto di succedere all'adottante. Ma di simile eccezione, rarissima per certo nella materia delle successioni, non mancano in questa specialità motivi abbastanza soddisfacenti. L'adozione è per l'adottato un atto di beneficenza, diretto a procurargli anche interessi pecuniari, e nulla v'ha di più naturale e più giusto che l'adottante, il quale si propone di trattarlo come figlio, debba anche lasciargli, in parte almeno, la propria eredità. Per l'adottante, all'opposto, non si tratta d'un benefizio materiale, ma di procacciargli un conforto nell'affezione dello adottato. A tale concetto è affatto estraneo quello d'un diritto da concedergli nell'eredità dell'adottato medesimo.

Sulla eredità dell'adottato l'adottante non potrebbe neppure pretendere gli alimenti, dei quali abbisognasse. Sappiamo infatti che secondo il nostro codice il diritto alimentario è *intrasmissibile*, non solo attivamente, ma anche *passivamente* (art. 146 cod. civ.); senza distinguere se prima dell'apertura della successione fosse o no stata pronun-

ciata sentenza di condanna alla prestazione degli alimenti, nè anche se di questi si fosse verificato il bisogno prima o dopo che la successione si aprisse (1). D'altra parte gli eredi dell'adottato, anche legittimi, non potrebbero essere tenuti personalmente a somministrare gli alimenti all'adottante; giacchè con lui non hanno alcun rapporto civile i parenti dell'adottato (art. 212, § 2°, cod. civ.). La domanda dell'adottante per ottenere gli alimenti dagli eredi dell'adottato non potrebbe dunque esser fondata, nè sopra un diritto proprio verso quegli eredi, nè sulla trasmissione passiva, a titolo di successione, dell'obbligazione alimentaria.

144. Abbiamo stabilito che anche secondo la legislazione nostra, come nella francese, non può appartenere all'adottante verun diritto successorio nell'eredità dell'adottato. Come temperamento a questo principio, che poteva sembrare estremamente rigoroso, in ispecie quando, in mancanza di parenti legittimi dell'adottato, l'adottante si trovasse a fronte dello Stato; e considerando che la esclusione assoluta dell'adottante divenisse ingiusta, qualora si estendesse anche a quei beni della eredità dell'adottato che gli fossero provenuti dall'adottante medesimo; il codice Francese, ed altri ad imitazione sua, avevano istituito a favore dell'adottante ed anche de' suoi discendenti un *diritto di riversione legale* sui beni predetti, che all'aprirsi della successione si trovassero ancora nella eredità dello adottato o in quella de' suoi discendenti (art. 351, 352 cod. Franc. — 275, 276 cod. pel regno delle Due Sicilie — 845 cod. Parm. — 200 cod. Alb. — 922 cod. Est.). Come abbiamo accennato altrove, nel codice nostro si stimò opportuno di abolire lo stesso diritto di riversione, che precedenti leggi concedevano pure agli ascendenti legittimi, sulle cose donate ai discendenti morti senza posterità (v. art. 747 cod. Franc. — 670 cod. pel regno delle

(1) V. vol. V, parte II, n. 281, pag. 426 e seg.

Due Sicliie — 845 cod. Parm. — 937 cod. Alb. — 922 cod. Est.). E gravi invero furono i motivi addotti per giustificare questa determinazione. Essi furono esposti nella relazione Ministeriale, che accompagnava la presentazione del decreto con cui si ordinava la pubblicazione del codice civile, colle seguenti parole:

“ Primamente osservavasi non concorrere punto nella
“ riversione legale quei caratteri giuridici, che varrebbero
“ a porla a fianco degli altri ordini di succedere; talchè
“ fu questa considerata siccome una successione anomala
“ ed eccezionale. Secondamente non ravvisavasi in questa
“ maniera di riversione legale verun motivo legittimo di
“ necessità o di opportunità, che giustifichi l'intervento
“ di un presidio di legge, posciachè in ogni caso è fatta
“ abilità al donatore di stipulare il patto di riversione.
“ E da ultimo consideravasi come il diritto di riversione,
“ iscritto così nel codice Francese, come in vari codici
“ Italiani, fosse stato argomento di disputazioni vivissime
“ nei dominii della dottrina e di litigi infiniti nel foro „.

Stabilita perciò l'abolizione del diritto di riversione legale, anche in quanto riguardasse gli stessi genitori od ascendenti legittimi, molto meno sarebbe stato logicamente possibile il mantenere quella istituzione a favore dell'adottante. Neppur questo diritto ha egli dunque nella eredità dell'adottato; e le cose che ancora vi si trovino, donate da lui, passano, come gli altri beni della eredità stessa, agli eredi legittimi dell'adottato; a meno che donando abbia avuto la precauzione di stipulare espressamente la riversione a termini dell'art. 1071 cod. civile.

Titolo VIII

DELLA PATRIA POTESTÀ

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 145. Fondamento della patria potestà nel diritto naturale. Caratteri distintivi di questa istituzione secondo il diritto positivo. — 146. Principii direttivi adottati dal codice Italiano nel regolare la patria potestà. — 147. Gli ascendenti non partecipano in alcun modo alla patria potestà civile. — 148. Se possano dedursi conseguenze giuridiche dalla proclamazione, che la legge ha fatto, dei principali doveri morali che la patria potestà naturale impone ai figli. — 149. Se e quali convenzioni o rinunzie, relative alla patria potestà, possano avere efficacia giuridica. — 150. Partizione generale della materia.

145. Non si può contestare che la istituzione della patria potestà abbia fondamento nel diritto naturale. L'uomo ha, sin dal momento in cui nasce, una individualità sua propria, ha una missione a cui è destinato e che si manifesta nelle facoltà stesse delle quali è dotato. Ma appunto le sue facoltà fisiche, intellettuali e morali hanno bisogno d'essere sviluppate, ed egli nasce debole, circondato da bisogni ai quali è impotente a provvedere, da pericoli, da infermità di cui sarebbe vittima senza il soccorso e la protezione altrui; e più tardi lo svolgersi in lui della intelligenza va accompagnato dallo svegliarsi delle passioni, che lo trascinerebbero per via opposta alla mèta a cui deve tendere, se la sua ragione ancor vacillante non fosse difesa contro le mille seduzioni che lo attorniano. Iddio stesso gli dà una difesa ed una guida, confidandone l'educazione al padre ed alla madre, nel cui cuore pone i sentimenti di protezione e direzione, come ispira ai figli quelli di rispetto e di obbedienza.

Se però l'autorità dei genitori sui figli deriva, come non è dubbio, dalla natura stessa, la determinazione dei rap-

porti giuridici che ne dipendono, dei diritti e delle obbligazioni tra genitori e figli, appartiene altrettanto certamente al diritto positivo. Così è che si distingue la *patria potestà naturale* dalla *patria potestà civile;* la prima delle quali consiste nel diritto, spettante al padre e alla madre, di esigere dai proprii figli onore e rispetto, e di esercitare autorità nel governo delle persone e dei beni dei figli stessi, finchè questi non siano in tale età da potervi provvedere da sè; l'altra comprende il complesso di tutti quei poteri che la legge positiva attribuisce ai genitori sulle persone e sui beni dei loro figliuoli, e, in un senso più ristretto, quei poteri che sono stabiliti pel tempo durante il quale i figli si trovano costituiti, per ragione dell'età loro, in uno stato d'incapacità civile.

È manifesto poi come nella determinazione di tali rapporti giuridici il legislatore debba necessariamente prender norma dallo stato dei costumi, dal grado di civiltà del paese, e come in questa, più che in qualunque altra parte della legislazione, esercitino grandissima influenza i principii stessi fondamentali su cui si regge la costituzione dello Stato e della famiglia. Dove predomini il principio d'autorità, sarà data naturalmente maggiore estensione ai poteri del padre di famiglia, mentre nelle società in cui prevalga il principio della libertà individuale, tanto solo si concederà di potere ai genitori sui figli quanto giovi a favorire colla protezione e direzione necessaria il completo sviluppo delle facoltà intellettuali e morali di questi ultimi. Di ciò abbiamo una riprova nel confronto fra l'antico e il moderno diritto in ordine alla istituzione di cui parliamo.

È troppo noto quale fosse in diritto romano l'antica organizzazione della famiglia. Questa concentravasi tutta nel suo capo, nel *padre di famiglia*, che esercitava sovra essa un potere assoluto e senza limiti. La denominazione stessa di *patria podestà* esprimeva esattamente il concetto di codesta istituzione meramente civile, o piuttosto politica, poichè era propria dei soli cittadini romani e tendeva a

dare alla famiglia la più forte organizzazione possibile, e che si trovasse in accordo con quella dello Stato stabilita sovra basi somiglianti. Era un vero *dominio*, che sopprimeva la personalità civile del figlio a benefizio di quella del padre di famiglia, e da ciò discendevano logicamente i canoni principali che regolavano questa istituzione stessa. Dovea seguirne infatti che padre e figlio di famiglia dovessero considerarsi giuridicamente come una sola persona; che i figli non potessero avere diritti nè per la propria persona nè sui beni; che tutto ciò che acquistassero divenisse proprietà del capo di famiglia; che a questo competessero, su coloro che erano soggetti alla sua potestà, gli stessi diritti che ha il proprietario sulla cosa che gli appartiene; che tale potestà durasse quanto la vita del padre di famiglia, a qualunque età giungessero i figli e quando anche avessero essi medesimi figli proprii; che la madre, sottoposta essa medesima al poter del marito, non partecipasse di quella potestà. Il rigore di alcune delle conseguenze che derivano da tali massime fu mitigato poi, pel progresso dei costumi e della civiltà, sia quanto al potere stesso del padre di famiglia sulla persona dei figli, sia pure in quanto concerneva il diritto sui beni, mediante l'introduzione dei *peculii;* ma il principio fondamentale della istituzione, di considerarla, cioè, come creata *nell'interesse del padre di famiglia*, ad esclusione della madre, come costituente per lui un *diritto di dominio*, e di non riguardare come esistente nel figlio di famiglia una personalità civile distinta, rimase inalterato. Questa tradizione fu conservata nei paesi italiani, dove le leggi romane erano osservate come diritto comune. E lo stesso era in Francia pei paesi che reggevansi a *diritto scritto;* mentre in quelli che dicevansi *consuetudinari* i caratteri giuridici e gli effetti attribuiti all'autorità dei genitori sui figli erano profondamente diversi. Vi prevaleva il principio dominante nelle relazioni civili e politiche dei popoli germanici, il principio dell'individualità umana. Esclusa quindi ogni idea di

dominio, il potere del capo della famiglia non era che di protezione e direzione; l'esercizio dell'autorità del padre sui figli era riguardato come un dovere più che come un diritto; la personalità del figlio era riconosciuta e rispettata completamente; egli acquistava quindi per sè, non pel padre; i poteri attribuiti al padre erano, pel medesimo titolo, comuni anche alla madre.

La rivoluzione Francese, esagerando nella loro applicazione anche a questa speciale materia i principii democratici, ridusse a strettissimi confini l'autorità dei genitori sui figli minori di età, liberando questi, s'intende, da qualunque soggezione all'autorità stessa allorchè fossero divenuti maggiorenni. Il codice Napoleone ritornò in gran parte ai principii sopraccennati del diritto consuetudinario; e tuttavia, se alcuni gli dieder lode di avere stabilito sulle vere sue basi l'autorità dei genitori sui figli, evitando ad un tempo l'eccesso della severità e la debolezza, non gli mancarono d'altra parte acerbe censure. Vi era chi lo accusava di non avere restituito all'autorità paterna tutta quella estensione e quell'energia, che l'ordine pubblico e i buoni costumi avrebbero reclamato; e chi all'opposto gli faceva rimprovero di non avere accettate tutte le conseguenze legittime del principio che il potere dei genitori debba essere unicamente di protezione e direzione a vantaggio dei figli; di avere lasciato ai genitori stessi un'autorità troppo assoluta; di non avere provveduto a riparare agli abusi, che se ne potevano fare.

I codici che in Italia succedettero all'impero delle leggi francesi recarono norme differenti in molte parti principali di questa importantissima istituzione. Nella stessa determinazione delle persone alle quali la patria potestà appartenesse, seguirono principii profondamente diversi. Qualcuno di quei codici attribuiva la patria potestà all'*ascendente maschio in linea mascolina paterna, che occupasse il primo grado in famiglia;* e solo quando *il figlio o discendente fosse sciolto dalla patria potestà del padre o*

altro ascendente per l'età maggiore, ne dichiarava *sciolti parimenti i figli o discendenti di lui, che passavano sotto la potestà del proprio padre* (codice Parmense, art. 83, 104, confr. art. 101). Altri stabilivano che i figli erano *sotto la potestà del proprio padre sino all'emancipazione; ma qualora il padre fosse egli stesso soggetto alla patria potestà o fosse morto non emancipato, i di lui figli erano sotto la potestà dell'avo paterno* (cod. Alb., art. 211 — cod. Est., art. 119). Il codice Austriaco e quello del regno delle Due Sicilie non ammettevano patria potestà ascendentale; senonchè quest'ultimo, seguendo le orme del codice Francese, dichiarava *il figlio soggetto all'autorità dei genitori*, ma quest'autorità *essere esercitata dal solo padre durante il matrimonio* (art. 288, 289); il codice Austriaco invece stabiliva costituirsi la patria potestà dei soli *diritti che appartengono principalmente al padre come capo della famiglia*, quale era quello di *educare i figli al genere di vita che reputasse ad essi conveniente* (§§ 147, 148), mentre diceva *incombere principalmente alla madre la cura del corpo e della salute dei figli* (§ 141), e dava poi ad ambidue i genitori il diritto di *dirigere d'accordo le azioni dei loro figli, e di rintracciarli, se smarriti, di farseli restituire, se fuggiti, di ricondurli col soccorso dei tribunali, se profughi, di castigarli in modo non eccessivo, nè dannoso alla loro salute, se scostumati, disobbedienti e disturbatori dell'ordine e della pace domestica* (§§ 144, 145).

L'età fino alla quale i figli dovevano rimanere soggetti alla patria potestà era pure diversamente stabilita. Il codice Austriaco fissava come normale l'età di 24 anni; ammettendo però che pel figlio divenuto maggiorenne per aver compiuta questa età (§ 21) potesse, ad istanza del padre e per cause legittime, essere ordinata dal giudice la continuazione della patria potestà (§§ 172, 173), e che all'opposto potesse esserne prosciolto il figlio *anche prima d'aver compiuto il vigesimo quarto anno, se il padre, coll'approvazione del giudice, lo avesse espressamente emancipato*,

oppure se al figlio giunto all'età di venti anni avesse permesso la direzione d'una propria economia (§ 174). — Il codice pel regno delle Due Sicilie riteneva il figlio soggetto all'autorità dei genitori, per certi effetti determinati dalla legge, anche dopo che fosse giunto alla maggiorità per aver compiti i 21 anni e finchè non avesse superati i 25, salvo che fosse stato espressamente emancipato od avesse contratto matrimonio, o vivesse con casa ed economia separata (art. 288, 295). La base di questo sistema fu adottata anche nel codice Estense: che dichiarava cessare la patria potestà *quando il figlio avesse compiuti gli anni venticinque* (art. 140) e fino a quel tempo manteneva in effetto a favore del padre alcuni dei principali suoi diritti sulla persona e sui beni dei figli, quali erano quelli di moderato castigo, d'impedire che i figli soggetti alla patria potestà abbandonassero la casa paterna, fatta eccezione per la figlia che andasse a marito, e l'usufrutto sui loro beni (art. 120, 126, 139); ma poi alcuni altri attributi della patria potestà facea durare soltanto fino alla maggiorità del figlio, cioè finch'egli non avesse compiuti i 21 anni (art. 192), ed erano quelli di far tenere in arresto il figlio (art. 121 e seg.) e di amministrare i beni di lui (art. 134). — Secondo il codice Albertino i figli rimanevano soggetti alla potestà del padre *sino all'emancipazione* (art. 211), che poteva aver luogo o per dichiarazione spontanea del padre stesso, o per sentenza del tribunale s'egli abusasse della propria autorità (art. 238, 239). Tra gli attributi però della patria potestà quello di non permettere ai figli di abbandonare la casa paterna durava finchè essi non avessero compiti i 25 anni (art. 212) e poteva essere protratto più oltre per sentenza di tribunale (art. 213); quello di far tenere in arresto il figlio per mala condotta, cessava ai 25 anni compiuti (art. 216); quello di usufrutto continuava fino all'età del figlio di 30 anni compiti, o di 25 se egli avesse contratto matrimonio col consenso del padre (art. 224, 225); quello di amministrare i beni del figlio

durava solo per la minorità di lui (art. 231), cioè fino a 21 anni compiti (art. 244). — Il codice Parmense, con un sistema molto più semplice, agguagliava completamente la durata di qualunque degli attributi della patria potestà civile, e questa facea cessare quando il figlio, compiuto il 21° anno, avesse toccata la maggiore età (art. 84, 85, 91, 96, 101).

Notevoli ancora erano le differenze in ordine agli effetti della patria potestà, sia quanto all'autorità sulla persona dei figli, sia quanto all'amministrazione e all'usufrutto dei loro beni. Il codice Austriaco dava al padre il diritto di educare i figli minori di 24 anni a quel genere di vita che reputasse a loro conveniente, ma permetteva ai figli stessi, quando fossero giunti alla pubertà (14 anni compiuti), di reclamare al tribunale che provvedesse d'ufficio (§ 148). Gli altri codici ammettevano tra i mezzi di correzione, che il padre avea il diritto di usare contro il figlio per sua mala condotta, anche quello di farlo tenere in arresto; ma regolavano l'esercizio di questo diritto con norme in qualche parte diverse (cod. pel regno delle Due Sicilie, art. 302 al 309 — cod. Parm., art. 84 al 90 — codice Alb., art. 214 al 222 — cod. Est., art. 120 al 125).

Quanto all'amministrazione dei beni del figlio minore, tutte le citate legislazioni l'attribuivano ugualmente al genitore che esercitasse la patria potestà (cod. Austriaco, §§ 149, 150, 152 — cod. pel regno delle Due Sicilie, articolo 291, 292, 293 — cod. Parm., art. 96, 97 — codice Albertino, art. 231, 232 — cod. Est., art. 134, 135, 136).

Il codice Austriaco non ammetteva diritto d'usufrutto in favore del padre sui beni dei figli soggetti alla sua potestà (§§ 149, 150); lo ammettevano invece, ma lo regolavano con norme in parte diverse, i codici Napoletano (art. 298 al 301), Parmense (art. 91 al 95, 98 e 99), Albertino (art. 224 al 230), Estense (art. 128 al 133, 137 e 138).

In mezzo a così grande varietà di regole particolari, si può affermare però che in tutti i rammentati codici fu

ritenuto come fondamentale il principio che questa istituzione non è creata dalla legge civile nell'interesse dei genitori, ma dei figli; che l'autorità di quelli su questi, per le persone e per l'amministrazione dei beni loro, non è altro che una conseguenza dei doveri di protezione e direzione, che hanno verso i figli medesimi, non è riguardata che come mezzo necessario per l'adempimento di tali doveri. Potrà dubitarsi se alcune delle disposizioni che siam venuti citando si trovino in perfetto accordo con quel principio; si potrà dire specialmente che l'usufrutto conceduto dalla maggior parte di quelle legislazioni ai genitori, esercenti la patria potestà, sopra i beni dei figli, conservi in qualche modo la tradizione di quella specie di dominio, che secondo l'antico diritto si attribuiva al padre di famiglia sulle persone dei figli e sulle cose da essi acquistate. Ma non è men vero che il concetto del diritto romano, che la patria potestà fosse un potere istituito nell'interesse di colui che lo esercitava, e il figlio fosse più che altro uno strumento di lavoro e di lucro a benefizio del padre, è completamente scomparso, per far luogo al concetto affatto opposto, che riconosce nel figlio il diritto ad essere mantenuto, educato, istruito, protetto e guidato dal genitore, e l'autorità di quest'ultimo fa derivare unicamente da quelle sue medesime obbligazioni, siccome mezzo indispensabile pel perfetto adempimento di esse. E questa idea fondamentale non è per certo contraddetta dalla nostra legislazione, nella quale anzi, come vedremo più oltre, le applicazioni di quel principio, conforme alle leggi di natura e al progresso della civiltà, furono recate a più logica deduzione. Ond'è che ogni qualvolta nell'applicazione della legge s'incontri qualche dubbiezza, nella quale si trovi in conflitto l'interesse del genitore, esercente la patria potestà, con quello del figlio che vi è soggetto, sarà manifestamente quest'ultimo che dovrà prevalere. Non sapremmo però accogliere l'affermazione d'un celebre scrittore, che insegna “ non avere il padre un diritto propriamente

“ detto; il diritto vero non appartenere che al figlio, il “ padre avere soltanto dei doveri; tutto riferirsi al figlio “ e nulla al padre „. Ci sembra troppo. Come negare che la patria potestà costituisca pel padre un vero diritto, quando la legge stabilisce come parte pecuniaria degli attributi di quella potestà l'*usufrutto* sui beni del figlio? E a parte anche ciò, l'autorità stessa sulla persona del figlio forma pure pel padre un diritto, al quale corrisponde un interesse, morale soltanto è vero, ma pure importantissimo pel padre stesso, il quale perciò avrebbe azione per sostenere l'esercizio libero e pieno di quel suo diritto contro chiunque tentasse di contrastarglielo, o d'impacciarlo in qualunque modo. Altro è che ricercando l'origine e il fondamento di questo diritto, lo si trovi nella obbligazione stessa che incombe al genitore di proteggere il figlio, guidarlo, educarlo.

Il nuovo aspetto sotto cui fu considerata l'istituzione fece dubitare se le convenisse ancora la denominazione antica di *patria potestà*. “ Nuovi nomi bisognano per esprimere idee nuove „ fu detto nel Consiglio di Stato di Francia, quando vi si discuteva del codice Napoleone; e si proponeva di sostituire l'intitolazione di “ *autorità del padre* “ *e della madre* „. Nella redazione definitiva fu conservato il titolo *della patria potestà;* ma negli articoli contenuti in quel titolo si diede il nome di *autorità* al potere dei genitori sui figli.

Una simile discussione si rinnovò tra gli esimii giureconsulti che presero parte alla coordinazione definitiva del codice nostro. Vi fu chi propose “ di surrogare nella rubrica alle parole *patria potestà* quelle di *autorità paterna* “ o altre che meglio corrispondano all'idea che si vuole “ esprimere „. Altri osservava che “ la parola *potestà* è preferibile a quella di *autorità*, la quale non esprime che un “ concetto morale, che è causa e conseguenza ad un tempo “ della potestà; e che la denominazione *patria potestà* “ essendo stata sempre usata nelle varie legislazioni, per

" indicare il potere civile dei genitori sui figli, non vi " sarebbe ragione sufficiente per variarla „. Altri ancora soggiunse: " non essere nemmeno il caso di sostituire alla " parola, *patria*, le parole, *dei genitori;* poichè la prima " nel senso legale può benissimo significare tanto l'auto-" rità del padre quanto quella della madre, e per altra parte " da tale cambiamento deriverebbe la necessità di non " poche altre mutazioni in varii articoli del codice. In vista " di queste osservazioni la Commissione deliberò di con-" servare la denominazione di *patria potestà*, tanto nella " rubrica del titolo VIII, quanto nel testo delle varie dispo-" sizioni che vi si riferiscono „ (1).

Come avemmo occasione di osservare in principio di questo numero la patria potestà naturale attribuisce ai genitori, e parimente agli ascendenti, il diritto di esigere onore e rispetto dai figli o discendenti, qualunque sia l'età, lo stato o la condizione di questi; ma assume un carattere speciale di autorità a scopo di protezione e direzione, per fino a che i figli si trovino in età da poter provvedere a sè stessi. Parimente la patria potestà civile ha caratteri ed effetti particolari, stabiliti dal diritto positivo, pel tempo nel quale i figli si trovino, per ragione dell'età loro, costituiti in uno stato d'incapacità civile; ed è questo il senso stretto e specifico in cui deve intendersi veramente la patria potestà, la quale secondo il diritto nostro appartiene esclusivamente al padre e alla madre, non mai agli ascendenti d'un grado superiore, e riguarda soltanto i figli minori di età e non emancipati. Ma in un senso più largo si dà anche il nome di patria potestà a tutto quell'ordine di diritti e di obbligazioni che la legge fa derivare dai rapporti d'autorità dei genitori verso i figli, quand'anche questi siano maggiorenni o emancipati, e che talora si estendono anche agli ascendenti verso i discendenti. Così è che pel matrimonio del figlio maggiorenne, ma che non abbia

---

(1) V. Proc. verb., n. 13, pag. 145; n. 15, pag. 162-163.

ancora compiuto i 25 anni, si richiede il consenso del padre e della madre (art. 63 cod. civ.); e pel matrimonio del minore d'anni 21, i cui genitori siano premorti o nell'impossibilità di manifestare la loro volontà, si esige il consenso degli avi e delle avole (art. 64 cod. civ.); che il padre e la madre, e in mancanza d'ambidue, gli avi e le avole possono fare opposizione al matrimonio dei figli e discendenti (art. 82 cod. civ.); che per l'adozione è necessario il consenso dei genitori dell'adottato o dell'adottante (art. 208 cod. civ.); che il minore emancipato non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione se non coll'assistenza o il consenso del genitore, che esercita l'ufficio di curatore (art. 314, § 2°, 315, 317, 318, 319 cod. civ.); che il padre o la madre può nominare un tutore al figlio che cada in istato d'interdizione (art. 330 cod. civ.).

Qualche autore annovererebbe pure tra gli effetti della patria potestà, nel più ampio senso, l'obbligazione reciproca degli alimenti tra i genitori od ascendenti ed i figli o discendenti (art. 138, 139 cod. civ.), ed il diritto di legittima spettante agli ascendenti nella successione testamentaria dei discendenti e reciprocamente (art. 805, 807 cod. civ.). Notiamo però che se tali diritti possono considerarsi come effetti dei rapporti giuridici esistenti tra i genitori o gli ascendenti, e i figli o discendenti — il che dovrebbe ripetersi ugualmente pei diritti di successione intestata fra quelle persone — non si tratta poi veramente di conseguenze legali dell'*autorità* attribuita dalla legge agli ascendenti sui discendenti: al che propriamente si restringe il concetto della *patria potestà*, anche intesa nel senso più generale. Comunque sia, gli esempi offerti bastano per dimostrare la verità della proposizione accennata, che la patria potestà, nel più esteso significato di questa espressione, comprende tutto il complesso dei diritti appartenenti al padre ed alla madre od anche agli ascendenti, sulla persona e sui beni dei figli o discendenti; mentre nel senso più stretto e speciale non s'intende che il complesso di quei

diritti e di quei poteri, i quali attribuiti esclusivamente al padre ed alla madre sulla persona e sui beni dei figli, si estinguono per la maggiorità o l'emancipazione di questi ultimi.

146. Nel numero precedente abbiamo accennato a larghissimi tratti le differenze fra le legislazioni anteriori in ordine alle persone alle quali attribuivano la patria potestà, alla durata di essa, agli effetti che se ne facevano derivare quanto all'autorità sulla persona dei figli, e quanto all'usufrutto e all'amministrazione dei loro beni. Ora un breve esame delle massime fondamentali accolte nel nostro codice, intorno a questi punti principali della materia, gioverà a porre più salde basi per lo studio, che più oltre dovremo fare, sui più minuti particolari dello ordinamento.

" Il codice Francese — diceva il ministro Pisanelli nella relazione con cui presentava al Senato il progetto di codice — fu il primo, che, rilevando la condizione sociale " della donna, la rese partecipe ai diritti ed ai doveri ine- " renti alla patria potestà.

" Questo principio d'eguaglianza, a cui s'informa nelle " varie sue parti l'attuale progetto, fu da esso applicato " senza restrizioni e senza ambagi; si fecero pertanto " scomparire alcune diversità che il codice Francese lasciò " sussistere fra il padre e la madre circa il diritto di cor- " rezione sui figli e la perdita dell'usufrutto legale per le " seconde nozze.

" I diritti dei genitori sulla prole, movendo dalla stessa " causa, devono essere eguali per il padre e per la madre, " salva però la preferenza nell'esercizio di essi al padre, " quale capo della famiglia..... Ma se il padre non è in " condizione di esercitare la patria potestà, la madre vi " sottentra, senza alcuna limitazione „ (1).

(1) V. Relaz. Pisanelli, pag. 18-19.

Con ben altre viste procedeva la Commissione senatoria. — " Penetratasi altamente dell'idea generale, che
" molto importa al buon ordine ed alla prosperità sociale
" che sia fortemente costituita l'autorità paterna, talchè
" regni nella famiglia una ferma e costante disciplina e ne
" escano poi cittadini educati al rispetto verso le leggi ed
" ai magistrati del loro paese..... non credeva conveniente
" di ammettere il principio del diritto francese, che investe
" della patria potestà solidariamente il padre e la madre.
" Questo principio, che non può dirsi conforme alla natura
" della società domestica, non è proprio delle leggi e delle
" tradizioni italiche, le quali sempre considerarono la patria
" potestà come attributo del padre, che è il vero ed unico
" capo della famiglia..... Pertanto la Commissione, preferendo attenersi in questa parte ai principii più razionali
" che reggono la patria potestà in quasi tutta Italia, mentre
" col progetto ha reso un omaggio al precetto morale che
" il figlio deve in ogni età onore e rispetto ad entrambi
" i genitori, *ha investito il padre solo della patria potestà,*
" *ed ha chiamata la madre a farne temporariamente le veci,*
" *allorchè il padre si trovi impedito di esercitarla,* lo che si
" intende di tutti quegli impedimenti per cui non si apre
" la tutela „ (1).

Alcuni dei componenti la Commissione coordinatrice proposero " di ristabilire l'art. 194 del progetto Pisanelli
" al luogo dell'articolo 234 del progetto Senatorio „. V'era anzi chi avrebbe voluto che anche l'esercizio della patria potestà si attribuisse contemporaneamente ad ambidue i genitori, salvochè *in caso di conflitto tra essi la volontà del padre dovesse prevalere.* Ma fu osservato che " per ineluttabile necessità, nell'interesse dell'ordine della famiglia,
" l'esercizio di tale autorità si deve lasciare solamente al
" padre quando possa esercitarla, nè può nè deve stabilirsi
" *a priori* nella legge quando il padre si abbia da conside-

(1) V. Relaz. Vigliani, pag. 69 e seguenti.

“ rare impedito, ma devesi ciò abbandonare alle decisioni
“ della giurisprudenza „ (1).

In ordine alla durata della patria potestà “ fu osservato
“ essere irrazionale e contrario a natura quel sistema, per
“ cui un uomo sia posto sotto la dipendenza di un altro
“ perpetuamente anche in ciò che riguarda la sua perso-
“ nalità civile e giuridica..... La ragione trova che la na-
“ tura stessa ha stabilito limiti certi e conformi al vero. Per
“ essa la patria potestà si divide essenzialmente in due pe-
“ riodi: nella prima età dei figli consiste nel diritto e nel
“ dovere di una protezione, di una difesa, di una cura asso-
“ luta e continua; ma quando il figlio ha raggiunto quello
“ sviluppo fisico ed intellettuale per cui la legge lo dichiara
“ responsabile dei proprii atti e lo sottopone al diritto co-
“ mune, allora la patria podestà muta carattere e diviene
“ naturalmente un uffizio di consiglio, di morale direzione
“ e di assistenza.

“ Laonde fin a che i figli sono minori di età, devono far
“ parte della famiglia, di cui il padre è capo; ma quando
“ sono pervenuti alla maggiore età, o quando col matri-
“ monio dànno origine a nuove famiglie, essi non potreb-
“ bero tenersi forzatamente riuniti alla famiglia primitiva,
“ senza introdurvi elementi di contrasto e facili occasioni
“ di rendere impossibili i buoni rapporti, che pur si vor-
“ rebbero perpetuare tra i genitori ed i figli. Sciogliendo
“ quindi dalla patria potestà il figlio all'età maggiore, o
“ emancipato mediante il matrimonio, non si distrugge in
“ alcun modo la famiglia, ma si mantiene anzi nel suo
“ vero concetto, lasciandone uscire quei membri che devono
“ formare il nucleo d'una nuova famiglia „ (2).

La Commissione senatoria “ esaminò e discusse seria-
“ mente, se fosse da protrarre la durata della patria potestà
“ sino agli anni venticinque dei figli, come già avveniva

---

(1) V. Proc. verb., n. 13, pag. 146-147.
(2) V. Relaz. Pisanelli, pag. 18.

" in una grande parte della penisola. Ciò pareva suggerire
" il proposito di rinforzare l'ordine e la disciplina nel seno
" della famiglia. Ma la difficoltà di coordinare questa più
" lunga durata della potestà paterna cogli effetti civili
" dell'età maggiore, il più rapido sviluppo delle facoltà
" intellettuali e morali, dovuto ai diffusi mezzi d'istruzione
" popolare, il più largo campo schiuso al lavoro ed alla
" industria anche per l'età giovanile, e infine la convenienza
" di adottare sulla capacità delle persone principii uniformi
" a quelli dei popoli vicini fecero accettare in questa parte
" il sistema del progetto „ (1).

Sul medesimo punto, della durata della patria potestà presentavasi da risolvere un altro grave quesito. Sciolto che fosse il matrimonio, doveva essa continuare nel genitore superstite? Il progetto ministeriale rispondeva negativamente.

" La vera patria potestà — era detto nella relazione
" del Ministro — dura soltanto finchè dura il matrimonio
" dei genitori..... Sciolto questo, si trasforma in tutela,
" ponendosi a lato del padre un consiglio di famiglia per
" temperarne gli effetti riguardo al diritto di correzione
" del figlio minore e di amministrazione dei suoi beni. La
" ragione di questa trasformazione è palese, ove si consideri
" che quantunque durante il matrimonio la patria potestà
" sia esercitata dal solo padre, questi resta tuttavia sog-
" getto alla benefica ed assidua influenza che la madre
" adopera nell'interesse dei figli, onde la legge non ha
" plausibile motivo per temerne l'abuso. Ma, sciolto il ma-
" trimonio, cessa questa morale garantigia, e sarebbe pur
" desiderabile ch'essa fosse appieno supplita dall'ingerenza
" del consiglio di famiglia, l'esperienza avendo dimostrato
" che i genitori, sciolti da ogni freno, hanno talvolta dis-
" sipato le sostanze dei loro figli minori „ (2).

(1) V. Relaz. Vigliani, pag. 72.
(2) V. Relaz. Pisanelli, pag. 20.

Alla Commissione senatoria che aveva reputato doversi investire della patria potestà il solo padre, parve poi *ripugnante alla ragione e all'ordine della famiglia* la divisata trasformazione della patria potestà in una semplice tutela, qualora avvenisse lo scioglimento del matrimonio per la premorienza della madre. Osservavasi che sarebbe crudele l'aggravare la sventura che abbia privato il padre della consorte e i figli della madre, coll'infliggere a quello una specie di degradazione nel reggimento domestico; che poi non ve ne sarebbe una ragione sufficiente, e non ostante la mancanza di quella qualunque influenza che si pensi poter attribuire di fatto alla madre nell'esercizio della patria potestà spettante al padre, è ovviato sufficientemente ogni pericolo d'abuso, coll'ammettere in tal caso l'intervento dell'autorità giudiziaria, che possa ordinare i provvedimenti opportuni, col richiedere l'autorità del presidente del tribunale per le più gravi misure di correzione contro il figlio col sottoporre all'approvazione del tribunale stesso tutti gli atti di gestione economica che eccedano i limiti della semplice amministrazione; che in fine la diffidenza, che la legge mostrerebbe verso il padre, riuscirebbe di mal esempio ai figli e rilasserebbe tutti i vincoli della famiglia (1).

Tra i due sistemi ora accennati ne fu proposto alla Commissione coordinatrice un terzo, consistente nello stabilire che il genitore superstite, fosse poi il padre o la madre, dovesse conservare pieno ed intiero l'esercizio della patria potestà. Vi fu ancora chi mostrò di preferire le norme adottate dal codice Francese: nel quale essendo stabilito che *il solo padre esercitasse l'autorità sui figli durante il matrimonio* (art. 373); che anche dopo sciolto il matrimonio il padre o la madre superstite potesse, sotto certe limitazioni, esercitare il principale dei diritti sulla persona del figlio, quello, cioè, di farlo tenere, per motivi gravissimi di mala condotta, in arresto; che lo stesso diritto potesse sott'altre

(1) V. Relaz. Vigliani, pag. 70-72.

cautele essere esercitato dal padre sebbene riammogliato (art. 380, 381, 382); che però *dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte d'uno dei coniugi appartenesse* ipso jure *al superstite la tutela dei figli minori* (art. 390); ne risultava che in capo del genitore superstite si accumulassero nello stesso tempo i diritti di patria potestà e di tutela; quello per ciò che riguardasse l'autorità sulla persona dei figli, la loro educazione, il diritto di correzione; questo per l'amministrazione de' beni. Dopo una dotta discussione si finì per ammettere ad unanimità la massima che, *sciolto il matrimonio, il coniuge superstite*, fosse anche la madre, *continuasse ad esercitare sulla prole i diritti della patria potestà* considerato che in tal modo venivasi a far ragione di quelle *considerazioni d'ordine morale a favore della famiglia*, che erano state additate dalla Commissione senatoria, e si rispettava insieme il principio dell'uguaglianza tra i genitori. Nello stesso tempo però la commissione coordinatrice si riservò di *esaminare le limitazioni che la pratica utilità potesse consigliare d'introdurre*, specialmente quanto all'esercizio della patria potestà da parte della madre sopravvivente al marito " sembrando che sciolto il matrimonio " possa esservi qualche differenza non solo nell'ordine economico, ma anche nell'ordine morale tra il figlio e il " genitore vedovo, il quale può pensare a formare un'altra " famiglia, ond'è che non sta più in tutta la sua pienezza la " presunzione dell'*optimum consilium*, su cui è fondata la " patria potestà „ (1). Vedremo più oltre a luogo opportuno, quali siano le limitazioni che vennero effettivamente adottate.

Passando agli effetti della patria potestà, fu recata una grave innovazione per rispetto al diritto di correzione spettante al genitore sul figlio. I codici anteriori, ad imitazione del Francese, accordavano al padre, come riferimmo nel numero precedente, di potere per gravi motivi far tenere

---

(1) V. Proc. verb., n. 14, pag. 156-158.

in arresto il figlio. Ciò fu escluso dal codice Italiano; e la relazione del ministro *Pisanelli* ne spiegava i motivi. " Il " progetto — diceva — non ammette nel padre, e conse- " guentemente neppure nella madre, la facoltà di costrin- " gere in carcere il figlio; ma ciò non nasce da un esage- " rato rispetto alla libertà individuale. Il progetto ammette " il diritto coattivo dei genitori sulla persona del figlio; " essi possono allontanarlo dalla propria casa, pos- " sono collocarlo in un istituto di educazione, e, ricor- " rendo al presidente del tribunale, *anche in una casa di* " *correzione.*

" Si è creduto, tenendo conto dell'opinione pubblica, " che il carcere, quando non sia sofferto come misura pre- " ventiva, lasci sempre una sfavorevole impressione sulla " persona che lo patisce, ed eliminando il carcere, si è " pensato non già di affievolire la patria potestà, ma " di preservare i genitori da un tardo ed irreparabile " rimorso „ (1).

Siccome però nell'art. 195 del progetto ministeriale non era fatta menzione espressa di *casa di correzione*, e vi si diceva soltanto che il padre potesse *collocare il figlio in quella casa o in quell'istituto che reputasse più conveniente a correggerlo e migliorarlo;* così la Commissione senatoria reputò opportuno l'aggiungere quella menzione, quale si legge nell'art. 222, " acciocchè — disse — questo mezzo " di correzione meglio risponda alle circostanze dei diversi " casi ed ai bisogni delle varie classi sociali „ (2).

Quanto ai diritti sui beni dei figli soggetti alla patria potestà, quanto, cioè, all'usufrutto ed all'amministrazione di tali beni, le novità introdotte nel codice Italiano non riguardano che punti particolari, intorno a cui ci riserbiamo di dire qualche parola allorchè tratteremo specialmente di questi argomenti.

---

(1) V. Relaz. Pisanelli, pag. 21.
(2) V. Relaz. Vigliani, pag. 73.

147. Osservammo che la patria potestà, in un senso più generale ed improprio, può considerarsi come comprensiva di quei rapporti di autorità, che la legge sanziona rispetto ai genitori verso i figli, e talora anche per gli ascendenti verso i discendenti; che però nel significato stretto e proprio, per patria potestà civile devesi intendere soltanto quel complesso di diritti e di poteri che la legge attribuisce al padre ed alla madre sulla persona e sui beni de' figli minori e non emancipati (1).

Certamente quando la legge subordina al consenso degli avi o delle avole il matrimonio del minore d'anni ventuno, che non abbia viventi e capaci a manifestare la loro volontà nè il padre nè la madre (art. 64 cod. civ.), quando, in mancanza dei genitori, ammette a fare opposizione al matrimonio del discendente gli avi o le avole di lui (articolo 82 cod. civ.), sanziona così in pro degli ascendenti un atto di autorità dipendente dalla qualità loro, dai loro rapporti naturali e civili coi discendenti. Vi è veramente chi contesta che possano questi considerarsi come effetti di patria potestà, per quanto si voglia prendere tale espressione in senso lato. Si osserva in proposito che pel matrimonio del minore richiedendosi anche il consenso del consiglio di famiglia, bisognerebbe sostenere che anche questo consiglio avesse la patria potestà; e che l'opposizione al matrimonio potendo pur farsi dai collaterali dello sposo, e dal pubblico ministero, anch'essi dunque eserciterebbero la patria potestà (2). Ma il consiglio di famiglia non è chiamato a dare il consenso pel matrimonio del minore se non in mancanza degli avi e delle avole di lui (art. 65 cod. civ.), e questi vi sono chiamati a preferenza quand'anche non esercitino la tutela del loro discendente (3). È dunque veramente un atto d'autorità, che è deferito agli avi, in considerazione della qualità loro, dei loro rapporti colla persona che vuol con-

---

(1) V. sopra, n. 145, pag. 311 e seg.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 267.
(3) V. vol. II, n. 84, pag. 246.

trarre matrimonio. Parimente l'opposizione al matrimonio può farsi anche da certi collaterali, ma solo in mancanza degli ascendenti, e per cause speciali determinate dalla legge (art. 83 cod. civ.); deve farsi dal ministero pubblico per qualunque impedimento che osti al matrimonio, e ciò per l'interesse pubblico che vi ha ad impedire la celebrazione d'un matrimonio nullo od almeno irregolare. Ad ogni modo però l'essere attribuito anche agli ascendenti, come al ministero pubblico, il diritto di fare opposizione al matrimonio *per ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del medesimo*, l'esser loro conceduto ciò a preferenza d'altri parenti, pei quali le cause d'opposizione sono limitate, è fuor di dubbio una speciale autorità che la legge attribuisce all'ascendente sulla persona del discendente. E sotto tale aspetto, e in senso generico, può questo considerarsi come un attributo di patria potestà. Ma è altrettanto manifesto che in senso proprio e stretto la patria potestà civile non può ritenersi appartenente ad altri che ai genitori legittimi. È chiarissimo pel disposto testuale dell'art. 220, che dichiara il figlio “ *soggetto alla potestà dei* “ *genitori* sino all'età maggiore od all'emancipazione „; è confermato dalle successive disposizioni di questo titolo, dove non si parla mai che del padre o della madre. Così è scomparso nel nostro codice ogni vestigio di quella patria potestà ascendentale, che vedemmo ammessa da alcuna delle legislazioni anteriori. Conseguenza irrecusabile di questo principio è che nell'esercizio della patria potestà civile, appartenente esclusivamente al padre ed alla madre, non possano mai ingerirsi in nessun modo gli ascendenti ulteriori. Nel solo caso di *abuso* da parte del genitore avrebbero essi la facoltà, conceduta dall'art. 233, di promuovere gli opportuni provvedimenti dal tribunale; ma questo non potrebbe neppure considerarsi come un atto di patria potestà, anche intesa nel più largo senso, poichè la stessa facoltà è conceduta ugualmente e contemporaneamente a qualunque parente prossimo.

148. Il codice nostro pone come fondamento di tutte le disposizioni, colle quali regola i rapporti tra genitori e figli, un principio di morale e di religione: " Il figlio, qualunque " sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori ". Ha seguìto in ciò l'esempio delle legislazioni che lo hanno preceduto (cod. Napoleone, art. 371 — cod. Austr., § 144 — cod. pel regno delle Due Sicilie, art. 287 — cod. Parm., articolo 82 — cod. Alb., art. 210 — cod. Est., art. 118), e si è uniformato a quanto era stato fatto per riguardo ai diritti e doveri dei coniugi fra loro, partendo anche in quella materia da un principio fondamentale, che richiama i doveri generali dei coniugi (art. 130 cod. civ.). Siccome però i codici non sono destinati a proclamare principii di morale, ma a recare norme giuridicamente obbligatorie, a cui i cittadini debbano, sotto la sanzione del potere pubblico, conformare le loro azioni, così non è mancata qualche acerba censura contro una tale disposizione; che fu detto essere *completamente insignificante in diritto*, e tale *da non poterne scorgere veruna utilità nei testi della legge positiva*. Altri, convinti della stessa considerazione, ma ripugnando ad ammettere l'assoluta inutilità d'una disposizione legislativa, ne cercarono qualche possibile applicazione pratica; sostenendo, per esempio, che il figlio non potesse mai intentare contro il genitore un'azione che tendesse a disonorarlo, nè potesse, indipendentemente anche da proibizione speciale ed espressa di legge, promuovere contro il genitore medesimo l'arresto personale per debiti; ovvero pretesero di stabilire, come conseguenza della massima enunciata dalla legge, che il figlio fosse giuridicamente obbligato a conformare alla massima stessa i proprii atti esteriori, di guisa che la legge venisse implicitamente a conferire ai giudici un potere discrezionale per impedirne o reprimerne le infrazioni (1).

---

(1) V. Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, chap. V, sect. I; Duranton, t. III, n. 350; Demante, *Programme*, 1er examen, n. 364.

Nella dottrina più recente prevale però l'opposta opinione, secondo cui il principio che i figli, in qualunque età siano, debbano onore e rispetto ai genitori, non è che una premessa fondamentale, che il legislatore propone a sè stesso nel determinare i rapporti giuridici tra genitori e figli; ma è al medesimo legislatore soltanto che si appartiene di stabilire con disposizioni esplicite le conseguenze di quella premessa, nè l'interprete potrebbe senza arbitrio estendere quelle conseguenze oltre i termini prefissi dalla legge, nè dedurne altre (1). In appoggio della quale opinione stanno per noi le più autorevoli dichiarazioni, fatte circa lo scopo ed il carattere della citata disposizione dell'articolo 220, § 1°. " Niun dubbio — dicevasi nella relazione " con cui fu presentato il progetto ministeriale — che i " figli devono rispetto ed obbedienza ai genitori, qualunque " sia la loro età; ma *quest'obbligo appartiene principalmente* " *all'ordine morale e non all'ordine giuridico* „ (2). E la Commissione senatoria diceva parimente che " il progetto *ha* " *reso* un *omaggio al precetto morale che il figlio deve in ogni* " *età onore e rispetto ad entrambi i genitori* „. Fu dunque un *principio morale* che s'intese di proclamare, non di sanzionare un *precetto giuridico*. Vero è che da quel principio di morale la legge stessa deduce talora certe conseguenze giuridiche, ma lo fa con disposizioni espresse; come quando nega l'azione penale per le sottrazioni commesse dai genitori od ascendenti a danno dei figli od altri discendenti (art. 433 cod. pen.). Ma in mancanza di disposizioni speciali, sarebbe errore ed arbitrio il voler dedurre conseguenze giuridiche da una massima, a cui, come vedemmo, gli autori della legge non intesero di attribuire un carattere veramente giuridico. Erroneo sarebbe pertanto, ad esempio, il pretendere, come qualcuno dei sopra citati autori, che al figlio fosse vietato l'esercizio di ogni azione civile che ten-

(1) V. Valette sur Proudhon, l. c., pag. 238, n^a (*a*); Marcadé, art. 371, t. II, n. 133; Demolombe, t. VI, n. 274-278; Laurent, t. IV, n. 270.
(2) V. Relaz. Pisanelli, pag. 17.

desse a disonorare il genitore. Anche là dove non ha luogo l'*azione penale*, siccome avviene per le sottrazioni commesse dai genitori od ascendenti in danno dei figli o discendenti, non è però, nè potrebb'essere vietato a questi di chiedere la riparazione civile del danno patito, sebbene dall'esercizio di tale azione ridondasse disonore al genitore od ascendente. Ed in generale per ogni fatto lesivo della sua persona, de' suoi beni, de' suoi diritti, il figlio dovrebbe essere ammesso ad invocare la protezione delle leggi comuni, sotto la quale non gli potrebbe essere vietato di porsi per la sola ragione che l'atto o il fatto rimproverato al genitore fosse disonorante.

Peggio ancora il pretendere di deferire all'autorità giudiziaria un potere discrezionale, che la legge non le attribuisce, per far osservare come precetto generale giuridico quello che veramente non ha altro carattere che di una massima di morale, riconosciuta dal legislatore come base delle disposizioni speciali da lui dettate.

149. Le leggi che regolano la patria potestà, uno dei più importanti rapporti dello stato di famiglia, riguardano senza dubbio ed essenzialmente all'ordine pubblico. Ciò basta per dover ritenere, a tenore dell'art. 12 delle disposizioni preliminari, che nessuna convenzione o disposizione privata potrebbe derogare in qual si fosse modo a quelle leggi, togliendo, o comunque modificando gli attributi e gli effetti della patria potestà. La legge stessa fa un'applicazione testuale di questo principio, allorchè nell'art. 1378, pel contratto di matrimonio — che pure, in causa dello speciale favore con cui è guardato dalla legge, è privilegiato d'importanti eccezioni al diritto comune — stabilisce che “ gli sposi non possono derogare nè ai diritti che appar- “ tengono al capo della famiglia, nè a quelli che vengono “ dalla legge attribuiti all'uno od all'altro coniuge „.

Tutte le convenzioni o disposizioni o rinunzie, che tendessero a cangiare o modificare in qualunque modo i

rapporti giuridici della patria potestà, quelle ancora che riguardassero all'educazione religiosa dei figli nascituri da un matrimonio contratto tra persone professanti diverso culto, sarebbero dunque radicalmente nulle.

Vi ha tuttavia uno speciale rapporto, dipendente dalla patria potestà, a cui l'accennato principio non potrebbesi applicare. È l'usufrutto attribuito su certi beni del figlio al genitore che esercita la patria potestà. Qui l'interesse pubblico è fuori di questione; trattasi d'un *diritto pecuniario*, introdotto nel privato interesse del genitore, al quale pertanto egli può rinunziare o in tutto o in parte nei modi e cogli effetti ordinari.

150. Dividendo ora le parti principali per la trattazione del gravissimo argomento, del quale non abbiamo esposto fin qui che alcune nozioni preliminari, ci proponiamo di svolgere in tre capi distinti le teorie concernenti: 1° le persone a cui la legge concede il godimento o l'esercizio della patria potestà civile; 2° gli effetti che questa produce; 3° le cause per le quali finisce.

CAPO I.

Delle persone alle quali è attribuito dalla legge il godimento e l'esercizio della patria potestà.

Sommario. — 151. Distinzione tra il godimento e l'esercizio dei diritti, applicata alla patria potestà. — 152. (*a*) Il godimento di essa appartiene ad ambidue i genitori. — 153. Non ostano le condizioni personali in cui i genitori si trovino, qualora, a termini delle espresse disposizioni della legge, non siano cause di cessazione della patria potestà. — 154. Neppure ostano le circostanze che impediscano all'uno od all'altro dei genitori l'esercizio della patria potestà stessa. — 155. Del caso che il genitore sia interdetto giudizialmente. — 156. (*b*) L'esercizio della patria potestà, durante il matrimonio, appartiene al padre. — 157. (*c*) Se il padre non possa esercitare la patria potestà, è chiamata a tale esercizio la madre. Principii generali per l'applicabilità di questa massima. — 158. Delle *cause di diritto* producenti *impedimento generale e permanente* all'esercizio della patria potestà da parte del padre. — 159. Delle *cause di diritto* producenti *impedimento temporaneo e particolare*. — 160. Degli *ostacoli di fatto*, che però impediscono l'esercizio della patria potestà *in modo generale e permanente*. — 161. Degli *ostacoli di fatto, temporanei e particolari*. — 162. (*d*) Sciolto il matrimonio, la patria potestà è esercitata dal genitore superstite.

151. Nel determinare a chi competa la patria potestà, il nostro legislatore prese opportunamente per base una distinzione, che dimostrammo doversi osservare per tutti in generale i diritti civili: la distinzione cioè tra il *godimento* e l'*esercizio* di tali diritti (1). Il godimento della patria potestà appartiene contemporaneamente ed ugualmente ad ambidue i genitori. Per l'esercizio di essa si suddistingue il tempo in cui esiste il matrimonio e quello posteriore allo scioglimento di esso; e nel primo la patria potestà si esercita dal padre, salvo subentrargli la madre in ogni caso in cui egli non possa; nell'altro è esercitata dal genitore superstite, sia poi il padre o la madre. Tali sono le regole stabilite nell'art. 220; di ciascuna delle quali esamineremo

(1) V. vol. IV, n. 31, pag. 91.

nei numeri seguenti i motivi, le applicazioni, i dubbi a cui possono lasciar luogo.

152. (*a*) Per quanto riguarda il godimento della patria potestà, la via da seguirsi era chiaramente tracciata dai principii che già erano stati accolti come fondamentali nel nostro codice. Esclusa la patria potestà ascendentale, ammessa la massima della uguaglianza tra i coniugi, anche per rispetto ai loro rapporti giuridici coi figli, era irrecusabile la conseguenza che il diritto di patria potestà dovesse essere goduto in comune dal padre e dalla madre; ed è ciò che fu stabilito nell'art. 220, § 2°, dichiarando che il figlio “ è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età “ maggiore od all'emancipazione „.

Non si può pensare che con quest'ultime parole siasi inteso che la maggiorità o l'emancipazione del figlio siano le sole cause per le quali possa cessare nei genitori il godimento della patria potestà. Si apporrebbe così al legislatore un error manifesto; poichè, indipendentemente da ogni altra considerazione “ la condanna all'ergastolo priva “ inoltre il condannato della patria potestà... Nella con- “ danna alla reclusione per un tempo maggiore dei cinque “ anni può aggiungersi la privazione della patria potestà “ durante la pena... „ (art. 33 cod. pen.) e per la prostituzione o corruzione di persone minori, oltre alla pena della reclusione, “ la condanna per alcuno dei delitti pre- “ veduti negli art. 331, 332, 333, 335, 337, 345, 346, 347, “ ha per effetto, quanto agli ascendenti, la perdita di ogni “ diritto che, per tale qualità, sia loro conceduto dalla legge “ sulle persone e sui beni dei discendenti a pregiudizio dei “ quali abbiano commesso il delitto... „ (art. 349 codice penale). D'altra parte lo scopo dell'art. 220 non era di regolare i modi d'estinzione della patria potestà, ma solo di determinare a chi dovesse appartenerne il godimento. Potrebbe sorgere un'idea di censura alla legge perchè, con quest'unico scopo in vista, essa non siasi limitata ad

enunciare la massima che il figlio è soggetto alla potestà civile d'ambidue i genitori, ma abbia aggiunto " *fino all'età* " *maggiore ed all'emancipazione* „. La giustificazione è però assai facile. Nel precedente paragrafo di questo articolo erasi accennato alla patria potestà naturale. Passando a trattare della patria potestà civile, ed attribuendola sì alla madre che al padre, non era certo fuor di luogo il definirla, come si è venuto a fare dicendo ch'essa compete *sui figli minori d'età e non emancipati*. Inoltre conveniva risolvere con un testo espresso la questione, che vedemmo essere stata tanto gravemente discussa, se la durata della patria potestà dovesse essere protratta anche oltre il ventunesimo anno del figlio, siccome era ammesso in qualcuna delle anteriori legislazioni d'Italia; e, deliberato negativamente, non si trovava poi sede più opportuna in cui dichiararlo, come appunto si è fatto dicendo che il figlio rimane soggetto alla patria potestà civile solo finchè sia minorenne, e può esserne sciolto anche prima di giungere alla maggiorità, qualora sia emancipato.

153. I termini generali ed assoluti dell'art. 220, § 2°, bastano per sè a dimostrare che fino a quando per la maggiorità o l'emancipazione del figlio, o per altra delle cause determinate dalla legge, non siasi verificata la cessazione della patria potestà, i genitori ne hanno il godimento senza riguardo a particolari condizioni personali in cui essi possano trovarsi. Così gode della patria potestà anche il genitore che essendo minorenne è stato emancipato col matrimonio (art. 310 cod. civ.); ed ha eziandio il libero esercizio dei diritti dalla patria potestà dipendenti, salvochè per gli atti concernenti la gestione de' beni, che per avventura appartenessero al figlio, e qualora tali atti eccedessero la *semplice amministrazione*, avrebbe bisogno d'essere assistito dal curatore, e secondo i casi, riportare anche l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale; non parendo ammissibile ch'egli

abbia in via di autorità, relativamente al patrimonio del figliuol suo, facoltà maggiori di quelle che gli sono concedute pel patrimonio proprio (art. 317, 318, 319 cod. civile).

Parimente il genitore, che per condanna alla pena della reclusione fosse in istato di interdizione legale (art. 33 cod. pen.), non cesserebbe per questo dal godimento della patria potestà sui propri figli, e rientrerebbe anche nel pieno esercizio di tutti i diritti che ne dipendono, quando quello stato d'interdizione fosse cessato per l'espiazione della pena; ma durante questa essendo egli soggetto a tutela per ciò che concerne l'amministrazione del proprio patrimonio, non potrebbe neppure esercitare il diritto d'amministrazione pei beni che appartenessero al figlio, al quale perciò si dovrebbe nominare all'uopo un tutore temporaneo; eccettochè fosse il padre che subisse la interdizione legale, e la madre fosse superstite e capace di esercitare, a termini dell'art. 220, § 3°, la patria potestà per la parte in cui non lo potrebbe il padre.

Così ancora, la separazione di convivenza non priva neppur quello dei coniugi, per colpa del quale sia stata pronunciata, del godimento della patria potestà sui figli (1). La legge lascia bensì, come sappiamo, in facoltà del tribunale di dichiarare, pronunziando la separazione, quale dei coniugi debba tenere presso di sè i figli e provvedere alla loro educazione ed istruzione, ed anche di ordinare che siano collocati in un istituto di educazione o presso terza persona (art. 154 cod. civ.). Ma se con ciò si viene a derogare alle norme comuni circa la patria potestà dei genitori, è però evidentissimo che queste stesse limitazioni confermano la regola a cui sono apposte; confermano cioè che i coniugi separati di convivenza conservano sui loro figli il godimento di quella patria potestà civile, di cui può essere contro l'uno o l'altro di essi ordinata dal tribunale qualche limitazione di attributi. E infatti ciò è supposto evidentemente nel

---

(1) V. vol. V, parte II, n. 334, pag. 764-767.

successivo art. 155, dove è stabilito che “ qualunque sia la “ persona a cui i figli saranno affidati, il padre e la madre “ conservano il diritto di vigilare la loro educazione „.

154. Non è dubbio poi che il godimento della patria potestà civile, attribuito dalla legge ad ambi i genitori, non potrebb'essere pregiudicato dalle circostanze, quali che si fossero, che per l'uno o l'altro dei genitori medesimi facessero ostacolo all'*esercizio* della patria potestà. Egli manterrebbe, ciò non ostante, il godimento del proprio diritto, per riprenderne poi anche l'esercizio qualora le cause che vi fanno ostacolo venissero a cessare. Questa massima non è solo una conseguenza dei termini generali ed assoluti con cui l'art. 220, § 2°, dichiara soggetto alla potestà dei genitori il figlio sino all'età maggiore od alla emancipazione; ma è eziandio il portato irrecusabile della distinzione tra il godimento e l'esercizio del diritto, potendosene godere potenzialmente quantunque la pratica attuazione ne sia temporaneamente impedita. La legge stessa fa di questo principio una palese applicazione, allorchè dopo aver detto che amendue i genitori hanno sotto la potestà loro il figlio minorenne e non emancipato, soggiunge che “ *durante il matrimonio tale potestà è esercitata* “ *dal padre* „. È ben lungi però che ne sia questa la sola applicazione possibile. Non parliamo ora de' casi — come quello della interdizione legale, a cui accennammo nel numero precedente — ne' quali per mutamento avvenuto nella condizione della persona, a cui la patria potestà appartiene, l'esercizio di questa sia impedito soltanto per una certa categoria di atti. Ma quand'anche nessuna parte degli attributi della patria potestà possa per date circostanze esercitarsi dal genitore, egli mantiene però sempre intatto il godimento del proprio diritto, per ripigliarne ancora l'esercizio ogni qualvolta quegli ostacoli siano rimossi.

Ne porge opportuno esempio il caso dell'*assenza presunta*, secondo le disposizioni degli art. 46 e 47 del cod. civile.

L'effetto generale della *dichiarazione d'assenza* consistendo, come sappiamo, nel dar luogo all'esercizio di tutti i diritti subordinati alla morte dell'assente (1), è quindi ovvio che anche pei figli, che questi abbia lasciato, debbasi reputare cessata la patria potestà del genitore assente; e quando l'altro genitore, a cui ne sarebbe riserbato l'esercizio, a tenore dell'art. 220, sia premorto, o incorso nella perdita della patria potestà, o dichiarato esso pure assente, debbasi *aprire la tutela*, come dispone l'art. 241; salvo sempre, s'intende, il doversi ripristinare le cose nelle condizioni normali precedenti, riprendendosi l'esercizio della patria potestà dal genitore assente, qualora egli ritorni.

Ma se l'assenza del genitore sia semplicemente *presunta*, non si fa luogo neppure pei figli, come pel patrimonio dell'assente, che a provvedimenti puramente temporanei. Ond'è che se sia assente il padre, e la madre sia superstite, presente e capace, assume essa l'esercizio della patria potestà a norma dell'art. 220; se invece essa sia premorta o per qualunque causa si trovi nell'impossibilità di esercitare la patria potestà, si deferisce la cura de' figli agli ascendenti prossimi, e in loro mancanza ad un *tutore temporaneo*. Ecco dunque che il genitore conserva il godimento della patria potestà, per riprenderne *ipso jure* l'esercizio al cessare dell'assenza, sebbene questa formi frattanto ostacolo all'esercizio medesimo.

Similmente per qualunque altra causa, fosse poi d'infermità mentale od altra, che impedisse di fatto l'esercizio della patria potestà al genitore al quale esso spetterebbe, rimarrebbe nondimeno impregiudicato per lui il godimento di tale potestà, e l'esercizio se ne riattiverebbe di pien diritto dal momento in cui quelle cause cessassero. Frattanto l'esercizio della patria potestà verrebbe assunto dalla madre in luogo del padre, a norma del nostro articolo 220, § 3°; e qualora ella fosse premorta, o per lei stessa si verificasse

---

(1) V. vol. IV, n. 150, pag. 537; n. 161, pag. 596.

l'impossibilità di tale esercizio, si farebbe luogo a nominare ai figli un *tutore temporaneo*, salvo il dover cessare *ipso jure* gli effetti di questo provvedimento, appena l'esercizio della patria potestà potesse essere ripigliato dalla persona a cui spetta. Crediamo che questa massima, stabilita espressamente nell'art. 47 del codice civile pei figli del presunto assente, possa così estendersi, non solo per una giusta analogia, ma per la necessità di non lasciare, contro gl'intendimenti manifesti del legislatore, senza protezione alcuna il minore, i cui genitori si trovino di fatto nella impossibilità di esercitare l'ufficio loro (1).

155. Ciò che dicemmo nei due numeri precedenti può incontrare qualche difficoltà pel caso che il genitore, al quale spetterebbe l'esercizio della patria potestà, sia caduto in istato d'interdizione giudiziale. Vi è uno scrittore nostro che troncherebbe con molta agevolezza il nodo, ponendo tra le cause di cessazione della patria potestà anche la *interdizione giudiziaria del padre, quando la madre sia premorta, o sia incapace o indegna di esercitarla;* sicchè farebbesi luogo in tale condizione di cose all'aprimento della tutela pei figli dell'interdetto; salvo, soggiunge l'autore, il doversi ritenere rivocata la cessazione della patria potestà e far rientrare nell'esercizio di essa il genitore che n'era rimasto privato, quando egli fosse prosciolto dall'interdizione (2). — Non sembrano però queste le idee del legislatore; il quale nell'art. 241, occupandosi di determinare le cause che possono far luogo all'aprimento della tutela, ha annoverato tra esse l'*assenza dichiarata* ma *non la interdizione* dei genitori. E veramente potendo questa essere ben presto rivocata, appena cessi la causa che vi abbia dato luogo, sarebbe poco opportuno l'aprire intanto pei figli dell'interdetto un nuovo stato di tutela, che trarrebbe

---

(1) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 87, n. 4.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 559, pag. 391.

seco la necessità di adempire solenni e dispendiose formalità, le quali tornerebbero a nulla se tra breve, rivocata la interdizione, si ripristinasse l'esercizio della patria potestà del genitore. Ma quale sarà dunque, durante la interdizione di lui, la condizione de' suoi figli minori di età e non emancipati? Se non cessa sovr'essi la patria potestà nel genitore interdetto, se quindi ne continua in lui il godimento, quantunque gliene sia legalmente impossibile l'esercizio, a quale autorità rimarranno dunque soggetti i figli? Il dubbio non può nascere, sotto la legge nostra, quando sia il padre che sia stato sottoposto ad interdizione, e la madre sia vivente e capace. Sarà allora uno dei casi, compresi sotto la disposizione generale dell'articolo 220, § 3°, in cui non potendo esercitare la patria potestà il padre, la eserciterà la madre. Ma se il matrimonio sia disciolto e il genitore superstite si trovi in istato d'interdizione, o se ambidue i genitori siano interdetti? Potrebbe per un momento affacciarsi l'idea che i figli minori dell'interdetto dovessero stare soggetti all'autorità del tutore, il quale, come rappresenta l'interdetto da lui tutelato in tutti gli atti civili, così potesse anche in nome di lui esercitare i diritti della patria potestà a lui spettante. Ma una breve riflessione basta per dover tosto respingere questo concetto; nel quale si dimenticherebbe il carattere essenziale della patria potestà, d'essere uno di quei diritti *esclusivamente inerenti alla persona* a cui sono attribuiti, i quali perciò non potrebbero esercitarsi da altri in rappresentanza di lei. Che resta dunque? Unicamente quello che già sopra accennammo doversi ammettere per ogni caso in cui il genitore, al quale solo appartenga il godimento della patria potestà, sia nella impossibilità di esercitarla; che cioè si nomini ai figli un *tutore temporaneo*, per analogia di ciò che dispone pel caso di assenza presunta l'art. 47. Nel genitore interdetto continuerà, ciò non ostante, il godimento della patria potestà, e ne sarà ripigliato da lui di pien diritto anche l'esercizio, tostochè, cessata la causa

che avea fatto luogo alla interdizione, sia questa rivocata a termini dell'articolo 338.

156. (*b*) “ Durante il matrimonio la patria potestà è “ esercitata dal padre „. Così dispone nella prima sua parte il terzo paragrafo dell'art. 220. L'art. 194 del progetto *Pisanelli*, riprodotto, come altrove accennammo, in questo art. 220 del codice attuale, diceva che “ tale potestà è “ esercitata *dal solo padre;* ove egli non possa esercitarla, “ dalla madre „. La parola *solo* fu cancellata come *superflua* (1); ma non rimase men fermo il concetto, che durante il matrimonio l'esistenza del padre, capace di esercitare la potestà civile sui figli minori di età e non emancipati, forma un ostacolo che esclude assolutamente da tale esercizio la madre; alla quale pertanto non rimane in questa condizione di cose che il semplice *godimento della potestà* stessa, salvo l'assumerne eziandio l'esercizio ogni volta che il padre sia posto nella impossibilità di praticarlo. Questo diciamo della *patria potestà civile*, riferendoci cioè al complesso di quei poteri che la legge positiva ha costituiti e deferiti ai genitori sui figli, in ordine alla loro educazione e all'amministrazione e al godimento dei loro beni; chè certamente non sarebbe ammissibile, nè conforme agl'intendimenti del legislatore, la esclusione della madre da qualunque partecipazione all'autorità sui figli, per vegliarli, assisterli, formarne colla istruzione e colla educazione la mente ed il cuore. Sono doveri questi, che la natura medesima impone in comune ai genitori, nè la legge poteva intendere di sciogliere la madre. Solo l'intervento di lei è puramente morale, finchè vi è il padre che può esercitare i poteri creati dalla legge civile, e in virtù di essa costringere il figlio a rimanere nella casa paterna o in quella che gli abbia destinata, richiamarvelo se l'abbia abbandonata, allontanarnelo se lo riconosca necessario, collocarlo in

(1) V. Proc. verb., n. 13, § IV, pag. 148.

una casa o un istituto di educazione od anche di correzione se ciò abbisogni, amministrare i beni del figlio, usufruire quelli su cui la legge gli concede tale diritto, provvedere all'emancipazione formale del figlio medesimo quando ne sia caso, ecc.

Ottime ed evidenti ragioni giustificano queste massime adottate dalla legge. L'autorità sui figli dev'essere in principio uguale in ambo i genitori; e questa uguaglianza, conforme alle leggi di natura, è rispettata anche dalla legge civile per ciò che concerne il godimento della patria potestà. Ma lo spingerne le conseguenze fino a rendere comune l'esercizio di quella potestà contemporaneamente tra i due genitori potrebbe arrecare gravi perturbazioni nell'ordine domestico, e riuscire pernicioso a quei fini stessi che per l'interesse de' figli sono proposti nella istituzione della patria potestà. È necessaria la unità nella direzione della famiglia; i poteri debbono esserne concentrati in chi ne è capo, nel marito, il quale, investito com'è dell'autorità maritale, è naturale che abbia eziandio l'esercizio della patria potestà sui figli. Dividendo l'esercizio di quest'autorità tra i genitori, si darebbe facile occasione a conflitti, dai quali l'educazione de' figli non potrebbe per certo riuscire avvantaggiata.

Vi fu, come riferimmo, chi nella Commissione coordinatrice propose di ammettere il concorso d'ambidue i genitori nell'esercizio della patria potestà, salvo di dar prevalenza, in caso di disaccordo tra loro, alla volontà del padre. Per buona ventura fu respinta questa idea; la quale, destituita evidentemente di qualunque utilità nei casi, fortunatamente più frequenti, in cui i genitori procedano di accordo nel dirigere i loro figli, non avrebbe prodotto altro effetto nei casi contrari che di costringere il padre, per far prevalere la propria volontà, a mettere in evidenza il conflitto suo colla madre.

Non ostante il principio che al solo padre spetti, durante il matrimonio, l'esercizio della patria potestà, vi

hanno però casi di eccezione, in cui certi atti di autorità sui figli devono per disposizione della legge essere esercitati concorrentemente da ambidue i genitori. Così è che pel matrimonio dei figli minori di età si richiede il consenso *del padre e della madre* (art. 63 cod. civ.); che il consenso dell'uno e dell'altro è parimente richiesto affinchè il figlio minore possa darsi in adozione (art. 208, 209 cod. civ.). — Talvolta ancora qualche particolare attributo della patria potestà è conceduto alla madre, sebbene il padre solo mantenga in generale l'esercizio della potestà stessa; come quando essendo escluso quest'ultimo, per cause a lui personali, dall'usufrutto legale dei beni del figlio, questo usufrutto passa alla madre (art. 231 cod. civ.).

Quello però che importa sempre tener fermo, è il principio che l'esercizio della patria potestà durante il matrimonio è riserbato esclusivamente e per ogni effetto legale al padre; a meno che per un testo speciale ed espresso di legge vi sia associata la madre.

157. (*c*) " Se il padre non possa esercitare la patria " potestà, la esercita la madre „. È questa la disposizione della seconda parte del § 3°, art. 220. — E con essa fu provveduto opportunamente a risolvere un dubbio, a cui aveva lasciato luogo il codice Francese; il quale pel solo caso d'*assenza* del padre dichiarava che i diritti della patria potestà sarebbero esercitati dalla madre (art. 141), e taceva per tutte le altre cause, d'infermità mentale od altre, che avessero reso impossibile temporaneamente pel padre l'esercizio della patria potestà. Nondimeno la dottrina era generalmente d'accordo nell'ammettere che anche in questi casi, non previsti espressamente, dovesse applicarsi la stessa massima; sia per analogia del predetto art. 141, ed anche di quanto era disposto pel consenso al matrimonio del figlio, essendo detto bastare il consenso della madre, se il padre fosse nella impossibilità di manifestare la propria volontà; sia ancora pel principio fondamentale che

la patria potestà era comune tanto alla madre quanto al padre. Pure qualche opinione erasi manifestata in senso contrario, a cui aveva dato motivo l'imperfezione del testo. Il nostro legislatore ha reso impossibile ogni dubbio, colla proclamazione della massima generale riferita in principio di questo numero. Il fondamento di essa è evidentissimo. Ammesso in principio che il godimento della patria potestà dovesse essere comune ugualmente per ambidue i genitori, l'ordine della famiglia avendo però consigliato a confidare l'esercizio di quel potere, durante il matrimonio, al solo padre, come capo della famiglia stessa, ciò solo formava dunque per la madre ostacolo legale a poter essa congiungere al godimento l'esercizio della propria autorità civile sui figli. Era conseguente che rimosso tale ostacolo, per qual si fosse causa che rendesse impossibile al padre l'esercizio della patria potestà, questo dovesse immediatamente attivarsi nella madre per diritto proprio. E ciò stesso vale a dimostrazione d'un principio importantissimo e fondamentale in questo argomento; che cioè l'esercizio della patria potestà da parte della madre durante il matrimonio ha luogo *di pien diritto*, senza bisogno dell'intervento di alcuna autorità che lo riconosca e lo dichiari, pel solo fatto della impossibilità verificatasi nel padre di esercitare il proprio potere. Sarebbe errore il pensare ad un procedimento, che occorresse promuovere davanti all'autorità giudiziaria, per far constare di quel fatto, e in base ad esso ottenere che la madre fosse investita dell'esercizio della patria potestà. È la legge stessa, che attribuendo la patria potestà sì all'uno che all'altro dei genitori, ne conferisce loro anche l'esercizio, e solo nel concorso di amendue lo concede di preferenza al padre. È dunque eziandio dalla disposizione della legge direttamente, e da essa sola, che la madre riceve l'esercizio della patria potestà, ogni volta che, non potendo il padre praticarlo, cessi così l'unico ostacolo che le si opponeva. Da ciò segue pertanto che gli atti di esercizio della patria potestà, fatti dalla madre

durante il matrimonio, non siano per sè stessi inefficaci legalmente; sebbene possano essere impugnati come nulli, a termini dell'art. 227, perchè fatti in contravvenzione all'art. 220, § 3°. La parte contraria potrà poi sostenerne la validità, provando che il padre era nella impossibilità di esercitare egli stesso la patria potestà.

Questa impossibilità può dipendere da cause diverse: o *di diritto* o *di fatto;* o *permanenti e generali*, o *temporanee e particolari*, relative cioè a determinati atti soltanto. Non confondiamo, come taluno ha fatto, queste cause producenti impedimento al solo esercizio della patria potestà, con quelle che possono privare il genitore anche del godimento di essa: quali sarebbero le condanne all'ergastolo, od alla pena della reclusione per delitti contro il buon costume commessi a danno dei proprî discendenti. Ma le prime appunto possono dipendere o da disposizione della legge o da semplici circostanze di fatto; ed essere permanenti e generali, o temporanee, particolari e relative unicamente a certi atti. Sotto questi differenti aspetti è necessario studiare le applicazioni possibili della massima, che spetti alla madre l'esercizio della patria potestà quando esso sia impossibile pel padre, affinchè la massima stessa sia compresa completamente.

158. Tra le cause *di diritto*, che possono produrre impedimento generale e permanente all'esercizio della patria potestà da parte del padre, non è da annoverare l'*assenza* di lui; non trattandosi allora d'una speciale condizione giuridica, ma *del fatto* della scomparsa del padre dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima residenza senza più dare notizie di sè, che rende impossibile quell'esercizio; sebbene la legge si occupi di regolare con particolari norme le conseguenze giuridiche di quel fatto, sia per rapporto alla gestione del patrimonio dell'assente, sia per rapporto alla cura o tutela dei figli minorenni ch'egli abbia lasciati.

Ma, fuor di dubbio, appartiene alla categoria che ora prendiamo a considerare l'interdizione giudiziale, a cui per abituale infermità di mente sia stato sottoposto il padre. Intorno a che già avvertimmo in un numero precedente, che se la madre sia vivente e capace, appartiene a lei, a termini dell'art. 220, § 3°, l'esercitare la patria potestà (1). E invero, se vi è caso nel quale apparisca evidente l'impossibilità pel padre di esercitare l'autorità propria sui figli, sicchè, a termini del predetto art. 220, § 3°, debba in ciò subentrargli la madre, è appunto quello ch'egli si trovi in istato d'interdizione giudiziale. Indipendentemente dalla condizione di fatto dell'infermità della sua mente, al momento in cui dovrebbe compiere determinati atti di patria potestà, egli si trova sempre, finchè l'interdizione a cui è soggetto non sia rivocata, in uno stato d'*incapacità giuridica;* la quale, come gli toglie di poter fare validamente gli atti relativi al proprio patrimonio (art. 335 codice civile), gli vieta a maggior ragione di esercitare i poteri della patria potestà in quanto concerne i beni dei propri figli minori e non emancipati. Così non vi ha dubbio che per tutto quanto riguarda l'amministrazione dei beni del figlio, l'interdizione giudiziale del padre ponendolo nell'impossibilità di esercitare la patria potestà, se ne trasferirebbe l'esercizio alla madre; nè varrebbe che si trattasse di atti compiuti durante un *lucido intervallo*, poichè ciò non liberando l'interdetto dall'incapacità giuridica da cui è colpito e non rimediando pertanto alla nullità degli atti ch'egli avesse fatti pel proprio patrimonio, non può neppure attribuirgli capacità pel governo del patrimonio altrui. Ma deve poi dirsi altrettanto degli atti che l'interdetto avesse fatti in un lucido intervallo, e che non riguardassero la gestione dei beni, ma l'esercizio dell'autorità paterna sulla persona dei figli? Qui veramente entriamo in tutt'altro ordine di idee: nell'ordine di quegli atti che

---

(1) V. sopra, n. 155, pag. 332 e seguenti.

soglionsi dire *morali*, appunto perchè non riguardano interessi materiali e pecuniari; di quegli atti che per la natura loro avendo un carattere di esclusiva personalità, possono in generale essere esercitati direttamente anche da coloro che siano colpiti d'incapacità civile per gli altri atti comuni, purchè non si trovino in uno stato d'*incapacità naturale*. Di che vedemmo qualche importante applicazione in materia di riconoscimento della filiazione naturale (1). Non intendiamo dire con ciò che per l'interdizione giudiziale del padre spetti alla madre l'esercizio della patria potestà per ciò solo che riguardi l'amministrazione dei beni del figlio. Sarebbe questo un errore grossolano; essendo evidente che l'interdizione giudiziale, portando seco la presunzione legale dell'incapacità del padre per qualunque atto della vita civile, forma prova dell'impossibilità in lui di esercitare qualsiasi attributo della patria potestà, ed abilita quindi pienamente a quell'esercizio la madre. Tuttavia se dal padre, non ostante l'interdizione giudiziale a cui si trovasse sottoposto, fosse stato compiuto in un lucido intervallo qualche atto di patria potestà, non riguardante l'amministrazione dei beni, ma l'autorità sulla persona del figlio, reputeremmo che di quell'atto si potesse sostenere la validità, pur di somministrare la prova piena del lucido intervallo in cui fosse stato fatto (2).

159. Di qualcuna delle *cause di diritto*, dalle quali possa derivare impedimento temporaneo e particolare all'esercizio della patria potestà per determinati atti, abbiamo già dato qualche cenno superiormente. Parlammo infatti del caso in cui il padre essendo ancora in minore età si trova in istato di *emancipazione di diritto* in forza del matrimonio (art. 310 cod. civ.); ma vedemmo che sebbene in tal caso la capacità di lui sia limitata, ciò però non in-

---

(1) V. vol. VI, parte II, n. 98, pag. 54 e seg.; n. 98 *bis*, pag. 64-67.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 262, pag. 352.

fluisce a togliergli in nessuna parte l'esercizio della patria potestà, sicchè questo passa alla madre, la quale si trovi in istato di perfetta capacità; e che anzi appartiene al padre, sebbene minorenne, il libero esercizio d'ogni diritto dipendente dall'autorità paterna, salvo solo ch'egli deve essere assistito dal proprio curatore ed adempiere le altre formalità abilitanti a cui sarebbe tenuto per sè, quanto agli atti relativi al governo dei beni del figlio.

Parlammo pure dell'altro caso, in cui il genitore, per condanna alla pena della reclusione, si trovasse in istato d'*interdizione legale*. Dicemmo che ciò non ostante egli godrebbe ed anche potrebbe esercitare la patria potestà per tutto quanto non riguardasse il governo dei beni del figlio; chè a questo egli sarebbe incapace, come lo è all'amministrazione dei beni propri in forza dell'interdetto legale. Epperò nell'esercizio di questa parte degli attributi della patria potestà, di cui si verificherebbe temporaneamente pel padre un'impossibilità legale, subentrerebbe di pieno diritto la madre. Non osta che l'impossibilità non riguardi l'esercizio di tutti assolutamente i poteri dipendenti dall'autorità paterna; poichè nè il testo nè lo spirito dell'art. 220, § 3°, ammette veruna distinzione, ed essendo attribuito il godimento della patria potestà ad amendue i genitori ugualmente, e solo all'esercizio di esso da parte della madre facendo ostacolo la preferenza che giustamente si è conceduta al padre come capo della famiglia, è conseguente che anche l'esercizio debba attivarsene a favor della madre in ogni caso in cui esso divenga, sia in tutto sia in parte, impossibile al padre. Quando poi la madre fosse premorta, o superstite fosse ella stessa nell'impossibilità di esercitare quegli attributi della patria potestà, che per l'interdetto legale sono vietati al padre, si supplirebbe nominando al figlio minore e non emancipato dell'interdetto un tutore temporaneo (1).

(1) V. sopra, n. 153, pag. 328.

Oltre a queste, altre cause legali possono verificarsi, le quali apportino impedimento all'esercizio della patria potestà per certi atti particolari. Una di esse può consistere nel *conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla patria potestà ed il padre*. Prevedendo questo caso, l'articolo 224, § 3°, dichiara che *sarà nominato ai figli un curatore speciale*. Deve questa considerarsi come una derogazione alla massima generale dell'art. 220, § 3°? Oppure combinando l'una coll'altra disposizione si deve ritenere che si faccia luogo alla nomina del curatore solamente quando la madre sia premorta o si trovi nell'impossibilità di rappresentare il figlio in quegli atti, nei quali l'interesse di lui si trovi in conflitto con quello del padre? Non dubiteremmo di attenerci alla prima opinione. La disposizione dell'art. 224, § 3°, è in termini troppo generali ed assoluti per potersi piegare a quella distinzione, che sarebbe necessaria per lasciar luogo nel caso ivi contemplato all'applicazione della massima generale sancita nell'art. 220, § 3°. D'altra parte è facile scorgere la ragione plausibilissima, che giustifica questa derogazione alla norma comune stabilita nel predetto art. 220, § 3°. L'influenza del marito sulla moglie, lo stato di dipendenza in cui ella si trova verso di lui, renderebbero certamente non efficace la protezione che le si affidasse degl'interessi del figlio, i quali fossero in opposizione con quelli del marito.

È caso che può presentare qualche maggiore difficoltà quello in cui per *abuso della patria potestà*, commesso dal padre, si faccia luogo all'applicazione dell'art. 233 cod. civ. Ivi è detto che " il tribunale....... potrà provvedere per la " nomina di un tutore alla persona del figlio o di un cura- " tore ai beni di lui....... e dare quegli altri provvedimenti " che stimerà convenienti nell'interesse del figlio ". È derogato con ciò alla massima generale dell'art. 220, § 2°? È escluso che la madre debba assumere, a norma di questo articolo, l'esercizio di quei poteri di patria potestà, dei quali sia privato il padre per l'abuso da lui commesso? Così

avvisa il *Borsari*(1). E veramente abbiamo anche qui, come egli osserva, quella stessa generalità di termini nel testo, che troviamo nella disposizione sopra citata dell'art. 224, § 3°; onde sembrerebbe potersene qui pure dedurre che se il tribunale reputi necessario, per gli abusi commessi dal padre, di sottrarre all'autorità di lui la persona del figlio, abbia sempre a provvedere colla *nomina di un tutore*, senza distinguere se vi sia o no la madre capace di assumere l'esercizio di quell'autorità a vece del padre. È però notevole che la disposizione dell'art. 224, § 3°, è *imperativa*, rendendo obbligatoria la nomina di un *curatore speciale* al figlio, per quegli atti nei quali l'interesse di lui si trovi in opposizione con quello del padre; mentre la disposizione dell'articolo 233 è puramente *facoltativa*, abbandonando al potere discrezionale del tribunale il provvedere all'interesse del figlio, a danno del quale il genitore abbia abusato della patria potestà, se e come il tribunale stesso lo reputi opportuno. Il *Borsari* dice che " *è facoltativo, ma la facoltà è* " *relativa allo stesso provvedimento, che può anche negarsi se* " *la gravità del fatto non vi corrisponde* ". Questo concetto però è meno esatto e meno completo di quello della legge; la quale non solo lascia in facoltà del tribunale di prendere o no un provvedimento per l'abuso commesso dal genitore, ma ancora, reputandolo necessario, di provvedere o *con la nomina di un tutore* alla persona del figlio, o *con altro mezzo che si stimi più conveniente all'interesse di lui.* E perchè dunque non potrebbesi talvolta stimar conveniente di togliere o diminuire al padre l'esercizio dell'autorità sua sulla persona del figlio, senza però nominare a questo un tutore, ma lasciando che la madre esercitasse i poteri della patria potestà, dei quali il padre fosse privato, come per diritto comune ella esercita anche durante il matrimonio tutti gli attributi della patria potestà ogni volta che il padre non lo possa? Potrebbesi rispondere con una considera-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 233, § 546, vol. I, pag. 858.

zione simile a quella, che pur vedemmo giustificare la derogazione fatta nel caso dell'art. 224, § 3°, alla massima generale dell'art. 220, § 3°. Ed il *Borsari* non ha mancato di rilevarla. " La madre — ha egli detto, riportando le parole " del *Vazeille* — essendo essa medesima sotto la dipen- " denza maritale, i figli si troverebbero indirettamente sot- " toposti a quel potere da cui rimasero sciolti „. E l'osservazione è giusta in generale. Ma quante circostanze speciali possono verificarsi, in cui non sia da temere il pericolo così segnalato, e l'interesse medesimo del figlio consigli a lasciarlo sotto la potestà della madre, in luogo del padre che ne ha abusato, piuttostochè provvedere alla nomina di un tutore! I coniugi possono essere separati giudizialmente per colpa del marito, od anche essere separati di fatto soltanto, e in queste circostanze non esser temibile l'influenza del marito, colpevole di abuso, sull'esercizio della patria potestà, che fosse lasciato alla madre. Può anche darsi che l'abuso commesso dal padre consista nella semplice *trascuranza de' proprii doveri*, le cui gravi conseguenze però consiglino di affidare ad altri l'autorità sulla persona del figlio; e la madre essendo all'opposto intelligente, esperta, operosa, vigilante al bene de' propri figli, sia tutt'altro che opportuno privare lei pure di quei poteri dei quali il padre si è reso indegno. È vero che a ciò reputa il *Borsari* potersi provvedere abbastanza " essendo del tutto rimessa nel ma- " gistrato la nomina della persona del tutore, cosicchè " niente osta che egli non possa *deputare a tutore la madre*. " Ma ciò sarà volere del magistrato e *non diritto della* " *madre* „. Ci sembrerebbe però questa un'anomalia, che si creerebbe all'infuori delle disposizioni della legge e non secondando lo spirito che le informa. Patria potestà e tutela — come bene avverte in altro luogo lo stesso *Borsari* — non possono coesistere attivamente nella stessa persona. Vediamo attribuita talora ai genitori sui figli la tutela, non mai però quando questi siano soggetti alla patria potestà. È questo un potere maggiore, che assorbe

l'altro e non può sussistere contemporaneamente con esso. Ora non è dubbio che anche alla madre durante il matrimonio appartiene il godimento della patria potestà; e quando per abusi commessi dal padre facendosi cessare, in parte almeno, l'autorità di lui sulla persona de' figli, venisse così rimosso l'unico ostacolo, che si opporrebbe all'esercizio di quell'autorità di cui la madre già godeva sui figli, non si vedrebbe ragione perchè una tale autorità dovesse trasmutare il proprio carattere di patria potestà in quello di tutela. Si aggiunga che quando il padre morisse, o per condanna penale venisse privato definitivamente della patria potestà, non potrebbesi negare alla madre il ritorno alle condizioni normali; e dopo essere stata semplicemente tutrice, assumerebbe l'esercizio vero della patria potestà. Tutto questo non ci sembra ammissibile, e reputiamo che con tutt'altre idee divenga facile e chiara e pienamente coerente la spiegazione che può darsi della massima stabilita nell'art. 233, e la sua conciliazione col principio generale proclamato nell'art. 220, § 3°. In materia di abusi, che siano stati commessi dal padre nell'esercizio della patria potestà, tutto è rimesso — nè si poteva far meglio — al prudente criterio del magistrato, il quale *ha facoltà di prendere qualunque provvedimento che stimi conveniente nell'interesse del figlio*. Il tribunale può giudicare che gli allegati abusi non siano abbastanza gravi per derogare in verun modo ai poteri derivanti al padre dalla patria potestà; e quando reputi il contrario, come può *nominare un tutore alla persona del figlio*, nonostantechè vi sia la madre capace ad esercitare la patria potestà, se vi sia ragione di temere che la mala influenza del padre possa tuttavia far sentire i suoi effetti a danno dello stesso figlio, così può anche, in condizioni opposte, limitarsi a privare il padre dell'esercizio della sua autorità sulla persona del figlio, togliendogli i diritti di educazione e correzione, e lasciando che tali poteri siano invece esercitati dalla madre coerentemente al principio fondamentale stabilito nell'art. 220, § 3°.

160. Venendo ora a parlare delle *cause di fatto*, che rendano impossibile al padre l'esercizio della patria potestà non è dubbio che alcune possano anche produrre questa impossibilità in modo permanente e generale. Ne porge esempio evidente il caso di *assenza* del padre. Pel qual caso abbiamo già richiamate le regole dimostrate in altro luogo; che cioè, se si tratti di *assenza dichiarata*, l'esercizio della patria potestà passi alla madre, che sia presente e capace, e se no, *si apra la tutela;* se poi l'assenza del padre sia semplicemente *presunta*, spetti ancora l'esercizio della patria potestà alla madre, che sia presente e capace, o altrimenti debbasi deferire la cura de' figli agli ascendenti prossimi ed in loro mancanza ad un *tutore temporaneo* (1). Queste massime sono espresse, pel caso dell'assenza presunta del padre, negli art. 46 e 47 del nostro codice; nel primo dei quali è detto che " se il presunto assente lascia figli in età " minore, *la loro madre assumerà l'esercizio della patria* " *potestà a norma dell'art.* 220 „ per dimostrare che non si è inteso con ciò di fare alla madre la concessione di un potere eccezionale, ma anzi ed unicamente di applicare il principio fondamentale dell'art. 220, secondo cui il godimento della patria potestà appartiene contemporaneamente ed egualmente ad ambi i genitori, e se durante il matrimonio l'esercizio n'è attribuito esclusivamente al padre, passa però di pien diritto alla madre in tutti i casi nei quali il padre non lo possa praticare, tra i quali casi è pure da annoverarsi indubbiamente quello di assenza.

Può ancora verificarsi nel padre un impedimento di fatto, generale e permanente, all'esercizio della patria potestà, per infermità abituale di mente, da cui egli si trovi colpito, quantunque non sia stata pronunziata l'interdizione giudiziale per questa causa. La legge accordando a qualsiasi congiunto, al coniuge ed al pubblico ministero la *facoltà* di promuovere l'interdizione della persona, la quale si trovi

(1) V. sopra, n. 154, pag. 330.

in condizione di abituale infermità di mente, che la renda incapace di provvedere ai propri interessi (art. 324, 326 cod. civ.), volle lasciar luogo a potersi evitare questo grave provvedimento quando non se ne manifestasse la necessità nè per ragioni di sicurezza pubblica, non essendo tale la infermità da apportarle pericolo, nè per gli interessi dell'infermo e della sua famiglia, essendovi abbastanza provveduto altrimenti. Sarebbe ben doloroso e contrario a questo spirito della legge, se si rendesse necessario il pronunciare l'interdizione del padre per provvedere ai figli minori che egli avesse, quantunque vi fosse la madre capace di assumere l'esercizio della patria potestà. Ma questa necessità non è indotta certamente dal testo delle disposizioni relative alla patria potestà, le quali ne conferiscono direttamente l'esercizio alla madre ogni volta che esso sia per qualunque causa impossibile da parte del padre; nè sarebbe ragionevole dubitare che fra i casi di tale impossibilità fosse anche quello del padre che si trovasse in istato di abituale infermità di mente, ancorchè non interdetto.

Un celebre autore ha insegnato che la madre possa assumere l'esercizio della patria potestà quando il padre sia rinchiuso in un manicomio, ma non fondandosi semplicemente sull'abituale infermità di mente del marito (1). Crediamo però arbitraria questa distinzione. Tutto si riduce ad una questione di prova. Certamente quando la madre possa produrre un certificato, da cui risulti l'ammissione del marito in un pubblico stabilimento destinato al ricovero di alienati, si avrà — come osserva il citato autore — una specie di *prova legale del fatto che impedisce al padre l'esercizio della patria potestà*. Ma se anche senza ciò la prova del fatto risulta abbastanza accertata, se è, per esempio, pubblicamente notorio lo stato infelice nel quale il padre si trova, perchè verremo ad una diversa conclusione, perchè negheremo alla madre, in danno anche

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 297-298.

de' figli, l'esercizio della patria potestà, rendendo necessario di promuovere l'interdizione del padre? Non urteremo con ciò contro ragione non solo, ma anche contro il testo della legge, che accorda alla madre di esercitare la patria potestà quando non lo possa il padre, senza distinguere da quale causa proceda nè con quali mezzi sia provata questa impossibilità? Perciò preferiamo l'opinione di quelli i quali ammettono in generale che il vizio abituale di mente in cui si trovi il padre autorizzi senz'altro la madre ad esercitare la patria potestà (1).

161. Delle cause che rendano di fatto impossibile l'esercizio della patria potestà al padre, molte possono produrre un impedimento temporaneo e relativo soltanto a certi atti particolari. Tra le altre si possono citare ad esempio principalmente la *non presenza* del padre, quantunque manchino gli elementi costitutivi d'una vera *assenza*, come la definisce la legge; ed un'infermità di mente, che però non sia abituale. Queste cause non hanno carattere generale e permanente, ma tuttavia rendono impossibile l'esercizio della potestà del padre relativamente agli atti che possano occorrere durante il tempo in cui egli sia lontano od infermo. Basterà questo per rendere applicabile l'art. 220, § 3°, e permettere alla madre l'esercizio della patria potestà per quegli atti? Anche qui veramente abbiamo la generalità dei termini della legge, che presterebbe appoggio all'opinione affermativa. La legge parla indistintamente dell'impossibilità pel padre di esercitare la patria potestà. Non sarebbe arbitrario l'introdurvi la distinzione tra le cause d'impossibilità permanenti e generali, e quelle che non lo siano? Su che fonderebbesi essa? Tuttavia resta a vedersi se tale fondamento non si trovi per avventura nello spirito della disposizione. Al quale proposito crediamo necessario

(2) V. Laurent, t. IV, n. 262, pag. 351; Borsari, *Comm.*, art. 220, § 516, vol. I, pag. 809.

di avvicinarla e combinarla coll'altra dell'art. 231, secondo il quale spetta anche alla madre l'usufrutto legale sui beni provenuti al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo, ogni qualvolta la madre stessa eserciti la patria potestà. Ciò sembra supporre che l'esercizio della patria potestà non passi alla madre durante il matrimonio se non per cause permanenti; non essendo presumibile che la legge abbia voluto attribuire a lei l'usufrutto sui beni del figlio per un brevissimo tempo, nel quale essendosi il padre trovato nell'impossibilità di esercitare la patria potestà, a cagione, per esempio, d'una infermità o d'una temporanea lontananza, ne abbia la madre tenute le veci. E crediamo veramente che tale appunto sia l'intendimento della legge; che cioè solo quando l'esercizio della patria potestà passi alla madre per una causa generale e permanente, la quale renda pel padre impossibile quell'esercizio, appartenga accessoriamente alla madre stessa l'usufrutto legale sui beni del figlio. Crediamo ancora che, in massima, sia appunto per quelle sole cause permanenti e generali d'impedimento del padre, che spetti alla madre l'assumere l'esercizio anche degli altri attributi della patria potestà, sia per riguardo all'autorità sulla persona del figlio, sia pel governo de' beni di lui. Ma non sapremmo giungere fino al punto di escludere in modo assoluto che mai potesse la madre esercitare i poteri dipendenti dalla patria potestà per un impedimento transitorio, che rendesse impossibile quell'esercizio pel padre. Supponiamo pure che questi non sia assente, nel vero senso della parola, ma sia lontano dal proprio domicilio, o supponiamolo colpito da un'infermità, che gli tolga al momento l'uso delle facoltà intellettuali, e che nel tempo di quella lontananza o di quest'infermità si manifesti il bisogno urgente di compiere nell'interesse del figlio un atto della patria potestà, che non si potrebbe effettuare più tardi quando il padre fosse ritornato o guarito. Diremo che la madre non possa fare validamente quell'atto, usando della patria potestà, di cui gode

ella pure al pari del padre anche durante il matrimonio, e che può eziandio esercitare ogni volta che il padre ne sia impedito? Forsechè non si verifica nelle supposte condizioni una vera ed assoluta impossibilità del padre di esercitare quell'atto della sua potestà? Non siamo dunque rigorosamente nei termini della legge? E non sarebbe in aperta contraddizione cogli intendimenti di essa il vietare alla madre di fare quell'atto, che sarebbe necessario nell'interesse del figlio e che il padre si trova nell'impossibilità di compiere a tempo utile in rappresentanza di lui? Così la questione di validità o nullità dell'atto compiuto dalla madre dipenderebbe tutta, a veder nostro, dalla prova che starebbe a carico di chi sostenesse la validità, della necessità dell'atto medesimo per l'interesse del figlio, della impossibilità assoluta che lo facesse il padre, e della necessità che fosse effettuato prima del tempo in cui tale impossibilità fosse cessata.

162. (*d*) " Sciolto il matrimonio, la patria potestà " viene esercitata dal genitore superstite „. In questa disposizione dell'art. 220, § 4°, è formulato un concetto fondamentale, che già vedemmo essere stato adottato dai compilatori del nostro codice dopo una lunga ed importantissima discussione; che cioè per lo scioglimento del matrimonio non potesse avvenire una trasformazione della patria potestà in tutela; ma come durante il matrimonio appartiene quella in godimento ad amendue i genitori ugualmente, così dopo avvenuta la morte d'uno di essi, l'esercizio della patria potestà dovesse continuare o passare nel superstite (1). Nè intorno a ciò avremmo nulla da aggiungere alle cose già dette.

Resta solo da notare che la patria potestà, conservata dal genitore superstite, non si perde da lui neppure col passare ch'egli faccia ad altre nozze. È questa una conseguenza indeclinabile del principio stabilito nel § 2° di questo

(1) V. sopra, n. 146, pag. 315-318.

art. 220, che il figlio sia soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore od all'emancipazione, e dell'altro, enunciato nel quarto paragrafo, che in caso di scioglimento del matrimonio spetti indistintamente al genitore superstite l'esercitare la patria potestà; mentre poi a fronte di questi principii non si trova nella legge alcuna eccezione pel caso che il genitore superstite contragga nuove nozze. Vero è che la legge pronuncia la cessazione dell'usufrutto legale sui beni del figlio — uno degli effetti della patria potestà — *pel passaggio del genitore ad altre nozze* (art. 232 codice civile). Vero è ancora che per ciò che riguarda specialmente la madre, la quale passi a nuovo matrimonio, è ammesso che il consiglio di famiglia possa toglierle l'amministrazione de' beni del figlio o stabilirle condizioni per la stessa amministrazione e per l'educazione de' figli, ed è dichiarato che non avendo fatto convocare preventivamente il consiglio di famiglia, la madre passata a nuovo matrimonio perde di diritto l'amministrazione (art. 237, 238 cod. civ.). Ma queste non sono che limitazioni ai diritti di patria potestà; le quali non fanno che confermare la regola, secondo cui anche la madre passata a seconde nozze, conserva, salve queste restrizioni, la pienezza della patria potestà stessa.

CAPO II.

Degli effetti della patria potestà.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 163. Principii fondamentali su questo argomento. Partizione della materia.

163. La patria potestà civile è istituita, come dimostrammo, nell'interesse dei figli minori di età e non emancipati, per provvedere alla loro educazione fisica, intellettuale e morale, e per supplire alla incapacità giuridica in cui si trovano costituiti.

Gli effetti della patria potestà devono dunque consistere principalmente nei *doveri* imposti dalla legge a chi essa ne affida l'esercizio, per l'educazione dei figli e pel governo dei loro beni.

Questi doveri sono però nello stesso tempo *diritti* pel genitore; il quale vedendo quasi trasfondersi e continuare la personalità propria in quella dei figli, ha il più alto e legittimo interesse morale nel disporli con una retta educazione e con una saggia amministrazione del loro patrimonio ad occupare degnamente il posto che è loro destinato nella società, ha in ciò impegnati l'onor proprio e quello della famiglia e i più santi e dolci affetti che possano consolarlo delle avversità della vita.

Inoltre la nostra legislazione, imitando quelle che la precedettero, ammise tra gli effetti della patria potestà uno speciale diritto pecuniario, attribuendo al genitore l'usufrutto sui beni acquistati dal figlio a titolo lucrativo.

Dei doveri e diritti, che costituiscono gli effetti della patria potestà, ci occuperemo in due separate sezioni, distinguendo quelli che riguardano *l'autorità sulla persona* del figlio, e quelli che hanno per oggetto *i beni di lui.*

Le regole generali determinanti gli effetti della patria potestà sono poi dalla legge stessa assoggettate ad alcune

limitazioni; sia pel caso che il genitore, dal quale è esercitata la patria potestà, ne abusi, sia per quelli in cui l'esercizio di essa passi per la morte del padre alla madre e questa contragga nuovo matrimonio: il che formerà materia di una terza Sezione di questo capo.

Sezione I.

Dei diritti del genitore, che esercita la patria potestà, sulla persona del figlio.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 164. Considerazioni generali e partizione della materia.

164. I poteri costituenti la patria potestà, per quanto concerne l'autorità sulla persona del figlio, si riassumono nel *diritto di educazione*, che è mezzo indispensabile per l'adempimento dell'obbligazione corrispondente, imposta dalla legge a chi appunto esercita la patria potestà. Curare la salute e lo sviluppo fisico dei figli, formarne l'intelligenza coll'istruzione adatta alla condizione in cui devono trovarsi, ispirar loro i principii di religione e di morale, regolarne i costumi e le abitudini, dirigerne la condotta, avviarli a quel genere di vita che sia loro conveniente, porli in grado di provvedere a sè stessi e di formarsi in società quella posizione, utile a loro ed al civile consorzio, a cui la natura li abbia predisposti e la provvidenza li guidi; tali sono gli uffici della patria potestà, e costituiscono ad un tempo i doveri e i diritti che ne dipendono. Affinchè però questi doveri possano essere convenientemente adempiti e questi diritti si esercitino in tutta la loro ampiezza è evidente la necessità che il genitore, al quale è dato sì grave còmpito, abbia dalla legge i mezzi, che possono talvolta rendersi indispensabili, per costringere il figlio a restare continuamente sotto la sua sorveglianza e direzione, e per infliggergli quelle correzioni che valgano

ad infrenarne le sregolatezze, a ricondurlo sulle vie dell'onore, del buon costume, della tranquillità e dell'ordine.

Diritto di custodia e diritto di correzione sono dunque due conseguenze imprescindibili del dovere e diritto principale di educazione della prole; e insieme con esso formano gli attributi della patria potestà, in quanto concerne l'autorità del genitore sulla persona del figlio. Saranno questi gli argomenti dei tre paragrafi in cui divideremo la presente Sezione.

§ I. — *Del diritto di educazione.*

Sommario. — 165. L'esercizio del diritto di educare i figli appartiene al solo genitore che esercita la patria potestà. — 166. Se e quali provvedimenti possano essere presi pel caso che il genitore dia un indirizzo non conveniente alla educazione del figlio.

165. Ambidue i coniugi hanno l'obbligazione di mantenere, educare ed istruire la prole (art. 138, § 1°, cod. civ.). E se è comune tra loro l'obbligo, lo è pure il diritto, che necessariamente vi corrisponde. Già lo avvertimmo; è nell'ordine di natura, nè poteva essere contraddetto dalla legge positiva, che sì il padre come la madre debbano concorrere d'accordo, ciascuno per la parte sua, nel proteggere e curare i figli, insegnar loro i principii di religione e di morale, sviluppare la loro intelligenza colla istruzione conveniente, dirigere le loro azioni, regolarne i costumi. Nè questo è nell'ordine morale soltanto, ma eziandio nel giuridico. È un *vero diritto* che la madre ha di partecipare anch'essa, secondo la condizione che la legge le assegna nella famiglia, alla educazione dei propri figli; diritto ch'ella potrebbe far valere giuridicamente, giovandosi dei mezzi di sanzione che le disposizioni della legge possono somministrarle. Così parrebbe che se il marito, quantunque a lui solo appartenga durante il matrimonio l'esercizio della patria potestà, persistesse a violare quel diritto della moglie, sottraendo violentemente i figli

alla legittima autorità domestica di lei, potesse questa essere considerata dal tribunale, a termini dell'art. 150 codice civile, come causa giustificante la domanda di separazione da parte della moglie, quale *ingiuria grave* fattale dal marito.

Quando però consideriamo il diritto di educazione quale attributo della patria potestà civile, non è sotto l'aspetto generale ora rammentato, ma in quei poteri, in quegli atti di autorità civile, che per lo scopo appunto della educazione si esercitino sulla persona del figlio; richiamandolo, per esempio, anche con mezzi coercitivi se occorra, nella casa paterna da cui siasi allontanato, costringendolo ad entrare e rimanere in una casa od istituto di educazione, determinando il culto in cui debba essere allevato, il genere di vita che si reputi per lui conveniente, la professione o l'arte a cui debba essere avviato, ecc. Ed allora è evidente, per questo come per ogni altro attributo della patria potestà, che se il godimento ne è comune ad entrambi i genitori, l'esercizio però durante il matrimonio appartiene esclusivamente al padre. In questo senso è da ritenere che il *diritto di educazione dei figli spetti al solo genitore che eserciti la patria potestà*. Ed a questa massima, attenendosi essa manifestamente ed essenzialmente all'ordine pubblico, non potrebbe dunque derogarsi per nessuna convenzione o disposizione privata. Così è che, come altra volta accennammo (1), dovrebbesi considerare radicalmente nulla la clausola d'un contratto matrimoniale fra persone professanti diverse credenze religiose, colla quale fosse stato stabilito che i figli nascituri da quel matrimonio dovessero essere allevati nel culto seguìto dall'uno degli sposi; poichè ciò derogherebbe al diritto spettante al padre, che esercita ad esclusione della madre la patria potestà, di determinare il culto in cui i figli debbano essere allevati (2).

---

(1) V. sopra, n. 149, pag. 324.

(2) Marcadé, t. V, art. 1389, § 3; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 504, n. 2; Demolombe, t, VI, n. 295.

Il codice Austriaco aveva disposizioni espresse, che consacravano le massime ora accennate. Esso dava bensì ad entrambi i genitori *il diritto di dirigere d'accordo le azioni dei loro figli* (§ 144); ma stabiliva che appartenesse al padre *l'educare i figli a quel genere di vita che reputasse ad essi loro conveniente* (§ 148) e solo quand'egli fosse morto spettasse questo diritto alla madre (§ 145). Nel nostro codice non abbiamo veramente testi che corrispondano a questi; chè anzi non vi è trattato espressamente del diritto di educazione, ma solo di quelli di *custodia* e *correzione*, che ne sono conseguenze. Tuttavia vi troviamo altre disposizioni, dalle quali risulta evidentemente essersi voluto accogliere le massime stesse. Nell'art. 220 è infatti dichiarato che il figlio " è soggetto alla *potestà dei genitori* „; e tale potestà comprende necessariamente e principalmente il diritto di educazione. Ma vi è poi soggiunto che " durante il matrimonio tale potestà è esercitata dal padre „; dal che deriva che a lui spetti il dirigere, coll'esercizio della propria autorità civile, l'educazione che reputi più conveniente di dare al figlio. Ciò è poi anche confermato indirettamente colla disposizione del successivo art. 221, dove è detto che " il figlio non può abbandonare la *casa paterna, o quella che il padre gli abbia destinata* „ essendo chiarissimo che il fondamento di questa regola sta appunto nell'essere affidato al padre il regolare l'educazione del figlio.

166. Il codice Austriaco, nel citato § 148, non dava però al padre il diritto assoluto di *educare i figli a quel genere di vita che reputasse conveniente*, se non fino a quando essi fossero impuberi; soggiungendo che " giunti alla pubertà, se avessero inutilmente manifestato al padre il loro desiderio per un diverso genere di vita più adattato alle loro inclinazioni e capacità, potrebbero dirigersi al tribunale ordinario, il quale deciderebbe d'ufficio, avuto riguardo alla condizione, alla facoltà ed alle opposizioni

" del padre „. Era questa una delle manifestazioni del principio di libertà individuale, riguardato come fondamentale nel diritto germanico. Non abbiamo una disposizione simile nel codice nostro; nè sembra che nel silenzio di esso una tal massima possa stabilirsi per via d'interpretazione.

Quanto ad ammettere il figlio stesso a ricorrere all'autorità giudiziaria contro le determinazioni prese dal genitore in ordine alla sua educazione, crediamo che il sistema adottato nel nostro codice vi si opporrebbe assolutamente; poichè vediamo perfino nei più gravi casi, in cui per giuste cause *si renda necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna*, o in cui *il genitore abusi della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri*, non permettersi però al figlio di porsi direttamente in conflitto col genitore stesso, ma darsi facoltà di ricorso, nell'interesse di lui, *ai parenti prossimi* ed anche *al pubblico ministero* (art. 221, § 2°, 233 cod. civ.). Ma neppure i parenti, per quanto prossimi, nè il pubblico ministero, potrebbero ricorrere efficacemente per promuovere un indirizzo dell'educazione del figlio, che essi reputassero più conveniente di quello determinato dal genitore esercente la patria potestà, poichè ciò supporrebbe nell'autorità giudiziaria, alla quale il ricorso verrebbe presentato, un potere discrezionale a cui sarebbe assoggettato quello della patria potestà; nè tanto potrebbesi ammettere senza l'appoggio d'un testo, che manca assolutamente. D'altra parte il non essersi data una tale disposizione si giustifica facilmente per gravi motivi. Niuno meglio del genitore, dal cui affetto pei figli sono generalmente da attendersi le più prudenti deliberazioni per l'interesse loro, potrebbe costituirsi giudice di ciò che convenga al bene dei figli medesimi, secondo le naturali loro inclinazioni ed attitudini. Deferendo all'autorità giudiziaria di poter correggere l'indirizzo che il genitore reputasse più opportuno di dare all'educazione del figlio, s'indebolirebbe il rispetto della potestà paterna, si sovrapporrebbe

a questa un'autorità meno competente a pronunciarsi con perfetta cognizione di quegli intimi e minuti particolari, dal cui complesso dipende la ragionevolezza della determinazione da prendersi, si darebbe luogo a potere talvolta prevalere sul vero interesse del figlio un mal fermo proposito di lui, prodotto di fantasia e d'inesperienza giovanile, e in fine col procedimento medesimo, colla decisione e coll'eseguimento di essa si darebbe causa troppo spesso ad un turbamento durevole di quei buoni rapporti che sono desiderabili tra genitori e figli.

Concludiamo pertanto che il potere fondamentale della patria potestà, consistente nel regolare l'educazione del figlio, non soffre limitazioni sinchè il genitore ne usi legittimamente; nè il figlio stesso — quantunque se fosse sotto tutela ed avesse compiuta l'età di dieci anni, avrebbe diritto d'esser sentito per esprimere i propri desiderii e farli ammettere se ragionevoli (confr. art. 278 cod. civ.) — potrebbe reclamare contro le determinazioni prese dal genitore, alla cui potestà fosse soggetto, nè altri potrebbe farlo per lui.

Non è da credere per questo che il genitore esercente la patria potestà sia sempre arbitro assoluto di disporre come voglia intorno all'educazione del figlio, senzachè l'uso ch'egli faccia del poter suo possa mai essere moderato, nell'interesse del figlio medesimo, coll'intervento dell'autorità giudiziaria. Quel potere è certamente libero, e l'uso che il genitore ne fa è, come dicemmo, incensurabile *fintantochè sia legittimo*. Ma se si converta in *abuso;* se, per esempio, il genitore dia al figlio un'educazione immorale, o manifestamente e gravemente sproporzionata alla condizione e fortuna di lui e dei suoi genitori, diviene applicabile la disposizione dell'art. 233; secondo la quale “ il “ tribunale, sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini “ od anche del pubblico ministero, può provvedere colla “ nomina di un tutore alla persona del figlio... e dare “ quegli altri provvedimenti che stimerà convenienti ”.

Tra i doveri della patria potestà è fuor di dubbio quello di educare ed istruire i figli in modo conveniente alla condizione e proporzionato alle sostanze dei genitori. La violazione o la trascuranza di questo dovere implica manifestamente un *abuso della patria potestà*, che può quindi far luogo all'applicazione del predetto art. 233 codice civile.

§ II. — *Del diritto di custodia.*

Sommario. — 167. Ragione fondamentale e conseguenze del principio che il figlio non possa abbandonare senza permesso la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata. — 168. Sanzione del principio predetto. — 169. Requisiti necessari affinchè sia applicabile quella sanzione. — 170. Eccezione fatta dalla legge al principio suindicato, per causa di volontario arruolamento nell'esercito nazionale. — 171. Altra eccezione pel caso che giuste cause rendano necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna. — 172. Ricorso che si ammette contro i decreti del presidente del tribunale pel richiamo del figlio nella casa paterna e per allontanarnelo.

167. " Il figlio non può abbandonare la casa paterna " o quella che il padre gli abbia destinata, senza permis- " sione del medesimo, salvo per causa di volontario arruo- " lamento nell'esercito nazionale „ (art. 221, § 1°, p. 1ª, cod. civile).

Il diritto, che nel genitore esercente la patria potestà corrisponde a questa obbligazione negativa del figlio, è quello che dicesi *di custodia*.

" La casa paterna — dice il *Borsari* — è il domicilio " legale e necessario del figlio: *è ciò che ferma in principio l'art.* 221 „ (1). Reputiamo inesatta questa spiegazione. La massima che " il minore non emancipato ha il domicilio del " padre o della madre o del tutore „ secondochè sia sottoposto all'autorità dell'uno o dell'altro, è stabilita nell'art. 18 del codice civile, e risguarda il *domicilio di diritto* della persona minore di età e soggetta a patria potestà o tutela. L'art. 221 ha tutt'altro oggetto, non contemplando il domi-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 221-223, § 518, pag. 813.

cilio di diritto, ma *la residenza*, che il figlio è obbligato a tenere nella casa del genitore alla cui potestà è soggetto, o in quella che da lui gli sia stata destinata. E se cerchiamo il motivo di tale obbligazione del figlio e del diritto corrispondente del genitore, esso non tarda a presentarcisi evidentissimo. La dottrina è concorde nel riguardare questo diritto come conseguenza necessaria di quello di educazione; ed è giusto, poichè non sarebbe possibile al padre di compier il dover suo ed esercitare il diritto coesistente di educare il figlio a quel genere di vita che gli reputi conveniente, se non gli fossero conceduti i mezzi per poter costringere il figlio a rimanere costantemente sotto la sua vigilanza e direzione nella propria casa, o in quella che gli destinasse per compiere studi, per apprendere un'arte, per impratichirsi in affari commerciali, ecc.

Parlammo in generale del *genitore che eserciti la patria potestà*, sebbene il nostro articolo accenni soltanto alla *casa paterna* od a quella che *il padre* abbia destinata al figlio. Ma è troppo chiaro che in ciò il senso della legge debba essere più esteso delle parole che vi furono impiegate; imperocchè quando, il matrimonio essendo sciolto, o durante il matrimonio stesso essendo il padre nella impossibilità di esercitare la patria potestà, questo esercizio passi a tenor di legge alla madre, è pur necessario pel pieno effetto della autorità di cui essa è rivestita, affinchè possa compiere il dover suo di educare il figlio, che questi sia obbligato di risiedere nella *casa materna* o in quella che *la madre* gli abbia destinato. E se il nostro articolo non parla che della *casa paterna* e del *padre*, è perchè prevede solo il caso più ordinario, in cui essendovi costanza di matrimonio, la patria potestà sia esercitata dal padre.

È importante di avvertire che anche sott'altro aspetto gl'intendimenti del legislatore in questa disposizione vanno più oltre di quanto accennino le parole ch'esso ha adoperate. Non si tratta invero del semplice fatto materiale di una residenza fuori della casa del genitore o di quella che

egli abbia destinata, che si voglia impedire al figlio; ma vi si comprende pure implicitamente e necessariamente la proibizione a lui di abbracciare uno stato, una professione od altro, che non gli sia consentito dal genitore esercente la patria potestà; poichè è appunto con lo scopo di regolare l'educazione del figlio minore, indirizzandolo a quel genere di vita che il genitore stesso reputi per lui più conveniente, che si giustifica il diritto di custodia, e che è scritta la disposizione dell'art. 221, § 1°. Così dunque, se il figlio, anche senza abbandonare la casa paterna, si ostinasse nel darsi a diverso avviamento di quello, che il genitore in virtù della sua patria potestà gl'impone, e persistesse nel rifiutarsi a quel genere di vita a cui questi reputasse opportuno di educarlo, esauriti i mezzi ordinari di correzione domestica, potrebbesi eziandio ricorrere a quelli ammessi straordinariamente dalla legge, e invocare l'autorità del presidente del tribunale, e per essa ottener pure, se ne fosse caso, l'uso della forza pubblica, o collocare forzatamente il figlio in una casa od istituto di educazione od anche di correzione, secondo il disposto dell'art. 222 cod. civile.

168. Quale sanzione assicura l'adempimento della obbligazione imposta al figlio di non abbandonare la casa del genitore, alla cui potestà è soggetto, o quella da lui destinatagli? Il codice Francese non rispondeva testualmente a tale quesito; di che nasceva qualche dubbiezza, non veramente circa la massima di farsi luogo a ricorrere al magistrato per richiamare il figlio nella casa paterna da lui abbandonata, e di potersi anche impiegare all'uopo la forza pubblica, chè in ciò tutti erano d'accordo, ma quanto a determinare l'autorità alla quale il ricorso dovesse essere presentato e che potesse dare i provvedimenti opportuni. Qualche sentenza avea deciso che il padre dovesse rivolgersi al ministero pubblico; ma questa massima era censurata, osservandosi che non essendovi delitto non

poteva competere azione al pubblico ministero. Il maggior numero degli autori opinava bastare un'*ordinanza del presidente del tribunale* per costringere il figlio a rientrare nella casa paterna, ch'egli avesse abbandonata, poichè ciò era ritenuto sufficiente dalla legge per far luogo contro il figlio ad un provvedimento ben più rigoroso quale era quello di tenerlo in arresto per mala condotta (1). Altri però ha pensato, che trattandosi di domandare l'eseguimento forzato d'un diritto in materia civile, sia indispensabile una *sentenza del tribunale*, che ordini al figlio di rientrare nella casa paterna (2).

Il codice Italiano ha sciolta espressamente la questione, quanto al competere al genitore, esercente la patria potestà, il diritto d'impiegare mezzi coercitivi per ricondurre nella propria casa o in quella da lui destinata il figlio, e quanto all'autorità competente per dare i provvedimenti necessari; poichè nell'ultima parte del primo paragrafo dell'articolo 221 ha dichiarato che " ove il figlio si allontani da quella casa senza permissione, *il padre ha diritto di ri-" chiamarvelo, ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del " tribunale civile* ".

Non fu ritenuta necessaria una decisione del tribunale per ordinare al figlio ciò che costituisce un obbligo impostogli dalla legge, un obbligo che non dipende da circostanze di fatto, per le quali occorra il bisogno d'una dichiarazione giudiziale, ma unicamente dalla qualità stessa di figlio soggetto alla patria potestà. E supponendosi non contestata questa qualità e costante d'altronde il fatto dell'allontanamento del figlio dalla casa del genitore, non resta che di provvedere ai mezzi coattivi contro il figlio, al che basta l'autorità del presidente del tribunale.

Queste stesse considerazioni potrebbero anche far pen-

---

(1) V. VALETTE sur PROUDHON, t. II, chap. V, sect. I, pag. 241, n° (*a*), II; CHARDON, *Des trois puissances*, t. II, n. 24; DEMOLOMBE, t. VI, n. 308; AUBRY et RAU sur ZACHARIAE, t. IV, § 550, n. 1 e 11.

(2) V. LAURENT, t. IV, n. 272, pag. 369.

sare che la necessità di ricorrere al presidente del tribunale essendo soltanto per ottenere il decreto che ordini i mezzi coercitivi da impiegarsi, non fosse dunque in facoltà del presidente il rifiutare la chiesta ordinanza. Col quale concetto concorderebbero veramente i termini stessi assoluti, in cui è espressa la disposizione della legge; essendovi detto che *il padre ha diritto di richiamare il figlio, ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale civile.* Ed è certo che al presidente non spetta in ciò un potere discrezionale, nè potrebbe egli, per ciò solo che nelle circostanze particolari del caso riputasse non conveniente l'usar coazione contro il figlio, respingere la legittima domanda del padre. Ma è da riflettere, d'altra parte, come possa talvolta essere pienamente giustificato l'abbandono fatto dal figlio della casa del genitore o di quella da lui destinatagli e il rifiuto di rientrarvi; ad esempio, per sevizie o per eccitamenti all'immoralità, a cui il figlio fosse stato sottoposto. Nè allora l'istanza del genitore, per forzare il figlio a ricondursi in quel luogo dove avesse a temere il ripetersi di tali scelleratezze, potrebbe certamente essere assecondata; anzi, indipendentemente dai procedimenti penali a cui la scoperta di que' fatti potrebbe dar luogo, sarebbe sempre caso di provvedere, sull'istanza del pubblico ministero, al definitivo allontanamento del figlio dalla casa paterna, siccome è ammesso nel § 2° del medesimo articolo 221.

Nella parte sopra riferita del § 1° dell'articolo stesso non è risolta espressamente l'altra questione del potersi o no usare della forza pubblica, per ordine del presidente, al fine di ricondurre il figlio nella casa paterna. La legge non ne ha parlato, perchè volle rimettere intieramente alla prudenza dell'alto magistrato, al quale affidò sì delicata missione, la scelta dei mezzi necessari od opportuni. Non è da credere però che tra i mezzi adottabili non possa esservi anche quello dell'uso della forza pubblica, quando ciò si riconosca necessario. Non può essere negl'intendimenti del legislatore, che un obbligo di tanta rilevanza

pei fini d'interesse pubblico, a cui la patria potestà è diretta, e il decreto emesso dal magistrato, e l'autorità stessa della legge rimangano conculcati, per mancanza d'una sanzione abbastanza efficace onde assicurarne l'adempimento. Nè varrebbe invocare in contrario le regole comuni circa le obbligazioni pecuniarie, e il principio che vieta di procacciare l'esecuzione forzata di tali obbligazioni mediante l'arresto personale del debitore, se non nei casi di eccezione tassativamente determinati dalla legge. Imperocchè qui non si tratta d'un'obbligazione pecuniaria, nè dell'arresto personale che si voglia infliggere al debitore per forzarlo al pagamento del proprio debito. Trattasi invece di un diritto sulla persona del figlio, stabilito nell'interesse medesimo di lui, e che talvolta rimarrebbe privo d'una sanzione efficace, con spregio dell'autorità del magistrato e della legge, con danno del figlio stesso, con grave detrimento dell'ordine famigliare e dell'interesse generale, se non fosse concesso di poter impiegare la forza pubblica, non già per privare il figlio della sua libertà individuale tenendolo in arresto, ma per costringerlo a rientrare in quella condizione a cui lo stato suo lo obbliga (1).

169. Le condizioni necessarie affinchè si faccia luogo al mezzo di sanzione, di cui trattammo nel numero precedente, sono indicate nel testo. Bisogna che il figlio *siasi allontanato* dalla casa paterna o da quella che il padre gli abbia destinata, *senza permissione* di quest'ultimo. Il fatto dell'allontanamento e l'animo di opporsi e di resistere alla volontà del genitore, che richiama il figlio nella propria casa o in quella che gli ha destinata: ecco i due requisiti indispensabili. E la ragione è patente; poichè supponendosi la necessità d'impiegare mezzi coercitivi, ad ordinare i quali occorra l'autorità del presidente del tribunale, si

---

(1) V. Valette sur Proudhon, l. c.; Demolombe, t. VI, n. 307; Aubry et Rau sur Zachariae, l. c.; Laurent, l. c., pag. 368; Borsari, *Comm.*, art. 221-223, § 518, pag. 814.

suppone insieme nel figlio una volontà opposta al dover suo di obbedienza al richiamo del genitore. Se siavi il solo fatto dell'allontanamento senza il proposito corrispondente, in conseguenza, per esempio, d'uno smarrimento, non è più caso di mezzi coattivi per costringere il figlio a ritornare, ma di ricerche per rinvenirlo; e questa non è opera, evidentemente, da affidarsi al presidente del tribunale, ma spetta all'ufficio di sicurezza pubblica. Se poi anche al fatto siasi accompagnato il proposito del figlio nell'atto di allontanarsi, ma non consti che questo proposito perduri attualmente, perchè il genitore non abbia fatto precedere le pratiche amichevoli opportune per condurre il figlio alla obbedienza, non potrà ancora esser caso di ricorrere al presidente del tribunale, poichè i mezzi coattivi, per attuare i quali si fa luogo a questo ricorso, non debbono venire che in ultimo, quando i mezzi morali siano stati esauriti senza frutto. Così vuole l'indole stessa della patria potestà, che è una autorità di protezione, di direzione, di consiglio, prima di essere un potere civile, che si vale anche, occorrendo, della forza pubblica.

Non crederemmo però del tutto esatto il concetto di qualche autore, che direbbe richiedersi nell'allontanamento del figlio l'*animo di non ritornare*. Quand'anche vi sia l'intenzione del ritorno futuro, ma la resistenza attuale al richiamo fatto dal genitore; quand'anche, in altre parole, si tratti d'un allontanamento temporaneo, ma avvenuto e mantenuto contro il volere di chi esercita la patria potestà; come è incontestabile il diritto in quest'ultimo di richiamare il figlio alla casa paterna od a quella che gli ha destinata, e la facoltà di valersi, quando occorra, di mezzi coercitivi, così diviene necessario per l'attuazione di questi il ricorrere all'autorità del presidente del tribunale.

Il testo suppone un allontanamento *senza permissione*. È stato osservato a questo proposito che “ il permesso di “ allontanarsi può essere *verbale* „. Diremo di più; che non è necessaria una permissione espressa, ma può essere

anche *tacita*. Ned è indispensabile che il permesso sia stato ottenuto prima o all'atto di abbandonare la casa paterna, ma quand'anche il genitore avesse consentito posteriormente, fosse pure in modo tacito soltanto, ciò gli toglierebbe ragione di ricorrere al presidente del tribunale; come quando essendosi il figlio allontanato contro la volontà del genitore, questi gli avesse poi somministrati i mezzi per rimanere fuori della casa paterna. Badiamo però che ciò stesso, ed anche il permesso espressamente conceduto, sia all'atto della partenza del figlio, sia dopo, non toglierebbe al genitore il diritto di richiamarlo quando che fosse nella casa paterna o in quella che gli avesse destinata o gli destinasse; e se il figlio si rifiutasse di obbedire, verrebbe ugualmente il caso di potersi valere di mezzi coercitivi e ricorrere a quest'uopo al presidente del tribunale.

Da tutto questo sembra confermarsi l'esattezza di quanto dicemmo superiormente: esigersi, cioè, il concorso di due requisiti, che sono *il fatto dell'allontanamento e l'animo di opporre resistenza alla volontà del genitore*, che richiama il figlio alla propria casa od a quella che gli ha destinata.

Havvi un caso speciale, in cui può dubitarsi se sia applicabile il disposto nell'ultima parte del primo paragrafo dell'art. 221: quello che il figlio abbandonando la casa paterna, o quella che il padre gli abbia destinata, siasi rifugiato presso terza persona, o questa lo detenga arbitrariamente, e nell'un caso e nell'altro si rifiuti di riconsegnarlo al genitore, che in virtù della patria potestà lo richieda.

Qualche scrittore di diritto francese ha detto, e qualche autore italiano ha ripetuto “ che se il figlio si trovasse in “ potere di terza persona, che rifiutasse di restituirlo, *può* “ *essere reclamato dal padre o dalla madre con un'azione* “ *analoga alla rivendicazione* „ (1). Altri autori, citati dal *Pacifici* come favorevoli a questa opinione, non la enun-

(1) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550, n. 11; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 545, pag. 376.

ciano punto, ma si limitano a parlare del diritto, spettante al genitore, di ricorrere all'autorità pubblica per far ricondurre il figlio nella casa paterna da lui abbandonata. Il *Demolombe* poi, che è pure fra gl'indicati, dice apertamente in contrario " che *il presidente solo può ordinare che il figlio* " *sia ricondotto col mezzo della forza pubblica nella casa pa-* " *terna*, sia poi ch'egli si trovi in istato di vagabondaggio, " *o che sia stato raccolto da terza persona*, come, per esempio, " *s'egli fosse ritenuto più o meno volontariamente in una casa* " *religiosa* „ (1).

Invero ci sembra vano il pretendere di trovare una qualunque analogia tra il caso del genitore, che reclama il figlio soggetto alla sua potestà, e quello di chi rivendica i beni suoi posseduti da altri. Siamo tra due ordini di rapporti giuridici troppo profondamente diversi; l'uno riguardante lo stato delle persone e fondato sovra un altissimo interesse morale e pubblico, l'altro che concerne i beni ed ha un interesse puramente pecuniario e privato. La rivendicazione suppone il possesso, materiale almeno, della cosa che ci appartiene, in colui contro il quale la chiediamo; ed allora è inevitabile d'intentare l'azione e per essa promuovere il giudizio in cui sia discusso il diritto allegato dal rivendicante, e che si chiuda col riconoscere l'esistenza di quel diritto ed ordinare al possessore la consegna o il rilascio dei beni che ne formano oggetto. V'è forse qualche cosa di simile nel caso del padre che reclama il figlio? Può mai dirsi che il terzo, presso cui questi si trovi, abbia in possesso la persona di lui? V'è un diritto che possa formare oggetto di contestazione, e sul quale perciò occorra di dover provocare un giudizio? È un diritto consacrato dalla legge, un diritto incontestabile contro cui non è possibile eccezione alcuna, quello del padre di tenere presso di sè il figlio soggetto alla sua potestà civile.

Così non pare da esitare nell'ammettere l'applicazione

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 308.

dell'art. 221, § 1°, anche pel caso in cui il figlio si trovi presso terza persona, che si rifiuti di riconsegnarlo. Se il figlio ha abbandonata spontaneamente la casa paterna rifugiandosi presso quel terzo, siamo nei precisi termini del testo, del quale pertanto non può esser dubbia l'applicabilità. Se poi egli sia detenuto contro sua volontà dal terzo, quantunque il caso non possa dirsi compreso testualmente nella precitata disposizione, essa però dovrà applicarsi ugualmente per analogia, per identità di motivi. Trattasi infatti anche qui d'esercitare un diritto incontestabile di patria potestà, un diritto che non ha bisogno d'essere dichiarato giudizialmente, perchè deriva direttamente, senza che possa opporvisi veruna eccezione, dalla disposizione della legge, che l'ha consacrato espressamente e solennemente; ond'è che all'autorità giudiziaria non accade di dover ricorrere per altro che per ottenere facoltà di poter usare dei mezzi coercitivi, di potersi valere della forza pubblica. E poichè a ciò è stata attribuita competenza dalla legge al presidente del tribunale civile, non v'è ragione perchè questo non valga, come pel caso espressamente previsto, in cui il figlio abbia spontaneamente abbandonata la casa paterna, così parimente per l'altro che un terzo ne l'abbia tolto e lo detenga e rifiuti di riconsegnarlo. Oltre a ciò questa terza persona potrebbe, ben s'intende, andar soggetta alla pena sancita dalla legge per reato contro la libertà individuale.

170. Al principio che il figlio non possa contro la volontà del padre abbandonare la casa di lui o quella che gli abbia destinata, la legge fa due sole eccezioni. La prima delle quali già vedemmo espressa in quelle parole dell'articolo 221, § 1°: " salvo per causa di volontario arruolamento nell'esercito nazionale ".

Di questa eccezione, di cui avea dato l'esempio il codice Napoleone e prima ancora l'antico diritto francese, il *Pothier* cercava la giustificazione dicendo che " l'interesse

" pubblico deve prevalere sull'interesse particolare della " patria potestà „ (1). — " Cattiva ragione — così altri " rispose — poichè la patria potestà è anch'essa d'inte-" resse pubblico „ (2). La sola ragione di questa disposizione di legge sta veramente nello scopo di favorire gli arruolamenti volontari. Che a questo fine di utilità si sagrifichi anche il diritto della patria potestà, e un interesse tanto più alto, qual'è quello dell'educazione dei figli, che il genitore può giustamente ritener conveniente d'indirizzare ad altro che alla carriera delle armi, non par facile il giustificare. La legge però non ha posto qui che una massima generale; riferendosi pel resto, e quanto alle condizioni sotto cui quella massima possa avere applicazione, alle leggi particolari.

171. Un'altra eccezione è fatta giustamente pei casi nei quali l'umanità o la moralità pubblica comandino di autorizzare il figlio ad allontanarsi dalla casa paterna; nella quale per esempio si trovi esposto a frequenti e gravi maltrattamenti, o spinto continuamente cogli eccitamenti e cogli esempi al mal fare.

Sebbene il codice Francese nulla disponesse in proposito, era però massima da nessuno contestata che in tali circostanze potesse intervenire l'autorità dei tribunali in favore del figlio autorizzandolo a ritirarsi dalla casa paterna in altro luogo che si designasse, e dando quegli altri provvedimenti che si riconoscessero opportuni (3).

E il codice Italiano, imitando in ciò il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 290, § 2°) e l'Albertino (art. 212, § 2°), ha espressa questa massima, determinando provvide norme che ne regolano l'applicazione. Vi leggiamo infatti che " Qualora giuste cause rendessero necessario l'allontana-" mento del figlio dalla casa paterna, il presidente sulla

(1) V. Pothier, *Des personnes*, n. 131.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 273.
(3) V. Marcadé, t. II, art. 374, n. 135; Laurent, t. IV, n. 274, pag. 371.

“ istanza dei parenti od anche del pubblico ministero,
“ prese informazioni senza formalità giudiziali, provvede
“ nel modo più conveniente senza esprimere nel decreto
“ alcun motivo.

“ Se vi sia pericolo nel ritardo, provvede il pretore, rife-
“ rendone immediatamente al presidente, il quale conferma,
“ revoca o modifica il dato provvedimento „ (articolo 221, §§ 2° e 3°, cod. civ.).

Le cause, per le quali possa farsi luogo ai provvedimenti ammessi con questa disposizione, non sono indicate neppure in modo semplicemente dimostrativo. *Giuste cause*, dice in genere l'articolo nostro, come dicevano parimente l'art. 290 del codice pel regno delle Due Sicilie, e l'art. 212 dell'Albertino. Tutto è dunque rimesso in questa parte alla prudenza del magistrato, a cui si ricorre. Nè potea farsi di meglio, atteso alla varietà delle circostanze che possono motivare la necessità di allontanare il figlio dalla casa paterna; sicchè sarebbe stato inutile e forse pericoloso l'accennarne alcune anche solo a modo di esempio. È certo però, per la stessa generalità dei termini in cui la disposizione è espressa, e pei motivi sui quali è fondata, non essere punto necessario che le cause addotte per l'invocato provvedimento siano colpevoli da parte della persona che esercita la patria potestà. Quand'anche si trattasse di fatti di altre persone, conviventi nella casa del genitore, i quali fatti però rendessero necessario, per tutela della morale e dell'educazione del figlio, l'allontanamento di lui dalla famiglia, il presidente potrebbe e dovrebbe provvedere ugualmente nel modo che più convenisse per l'interesse del figlio medesimo. Il che dimostra come questa disposizione dell'art. 221, § 2°, non vada a confondersi coll'altra dell'articolo 233. Trattasi in quest'ultima di *abuso della patria potestà*, e quindi necessariamente di fatti personali al genitore che la esercita, i quali possono dar luogo a nominare un *tutore alla persona* del figlio o un *curatore ai beni* di lui, a privare il genitore dell'usufrutto legale in tutto od in

parte, e ad altri provvedimenti che si reputino convenienti nell'interesse del figlio; ma come ognuno di questi provvedimenti tende a privare il genitore di qualche parte degli attributi della patria potestà che gli spetta, ciò non può farsi se non *per determinazione del tribunale*. Nell'altra invece trattasi di fatti, o personali al genitore che esercita la patria potestà, o d'altri che rendano necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna; e come questo provvedimento indispensabile può essere attuato, senza scemare in nulla pel resto gli attributi della patria potestà, si è stimata sufficiente a ciò l'autorità del presidente, senza bisogno di ricorrere all'intiero tribunale. Così è necessario distinguere i fatti personali del genitore esercente la patria potestà, e che di essa costituiscano *abuso*, da quelli che non abbiano tale carattere e tuttavia rendano necessario l'allontanamento del figlio dalla famiglia. Pei primi si fa luogo ad applicare l'art. 233, e l'istanza dev'essere presentata al tribunale; per gli altri provvede l'art. 221, § 2°, e si deve ricorrere al presidente.

Nonostante l'ampiezza di facoltà concessa al magistrato nell'apprezzare le cause addotte in questo ultimo caso, è però sempre indispensabile ch'esse rendano *necessario lo allontanamento* del figlio. Le quali espressioni acquistano una forza tanto maggiore confrontandole con quelle degli articoli 290 del codice Napoletano e 212 dell'Albertino i quali parlavano di “ giuste cause che rendessero neces- “ saria *od evidentemente utile* la separazione di abitazione „. Manifestamente il nostro codice non ha voluto ammettere, ad imitazione di quelli da cui traeva la disposizione, che la *utilità* sebbene ritenuta *evidente*, potesse parificarsi alla *necessità dell'allontanamento del figlio;* affinchè non ne risultasse un troppo largo arbitrio nelle facoltà concedute al presidente. Il quale pertanto non potrà secondare l'istanza per la separazione del figlio dalla famiglia, se non quando sia dimostrata veramente *necessaria* per umanità o per la morale e per la educazione del figlio medesimo.

Le ragioni, per le quali in questa materia fu attribuita la competenza al presidente anzichè all'intiero tribunale, furono già in parte accennate sopra, confrontando questa disposizione dell'articolo 221, § 2°, con quella dell'art. 233. Era d'altra parte naturale che quella stessa autorità, alla quale era dato il potere di costringere il figlio a rientrare nella casa paterna ch'egli avesse abbandonata, potesse pure ordinare l'allontanamento di lui, qualora si rendesse necessario. Trattavasi d'uno stesso dovere derivante dalla patria potestà, al cui adempimento era opportuno che provvedesse la medesima autorità, sia ordinando i mezzi coercitivi per effettuarlo, sia dispensandone, se ne fosse caso.

Prevedendo però le possibili circostanze, nelle quali si presenti tale urgenza di allontanare il figlio dalla casa paterna, che il ritardo derivabile dalla necessità di sottoporre la relativa istanza al presidente del tribunale, e di assumersi da questo le occorrenti informazioni, possa divenire pericoloso per quei fini di umanità e di morale che dànno motivo all'invocato provvedimento, e riesca quindi opportuno il poterlo chiedere ad un'autorità locale, a cui la istanza può essere più prontamente presentata, che forse dalla stessa notorietà pubblica è già pienamente istrutta dei fatti, che in ogni caso può prender più sollecitamente le informazioni ed emanar quindi più presto l'ordinanza occorrente; la legge ha perciò attribuita la stessa competenza *al pretore*, pel caso in cui *vi sia pericolo nel ritardo.* Senonchè l'ufficio di questo magistrato — oltre ad essere limitato dalla condizione imprescindibile dell' urgenza, sicchè in ogni altro caso sarebbe nullo per incompetenza il provvedimento — si esercita in ciò per una specie di delegazione conferitagli dalla legge, piuttostochè per autorità propria; ond'è ch'egli deve *riferirne immediatamente al presidente, il quale conferma, revoca o modifica il dato provvedimento.* Così questo, finchè non sia dato il decreto del presidente, ha un carattere meramente *provvisorio*, nonostante il quale però è immediatamente esecutivo.

L'urgenza stessa, che dà motivo di attribuire una straordinaria competenza al pretore, in cosa, qual'è questa, di ordine pubblico, giustifica eziandio che quel magistrato possa procedere *d'ufficio*; come infatti nel citato § ultimo dell'art. 221 egli è autorizzato direttamente a provvedere, senzachè questa sua facoltà sia subordinata alla presentazione d'alcuna istanza.

Al contrario quando, non essendovi pericolo nel ritardo, il provvedimento deve emanare dal presidente del tribunale, si richiede, giusta il secondo paragrafo del medesimo articolo, che siavi *istanza dei parenti o del ministero pubblico.* Il presidente non potrebbe dunque procedere *di ufficio.*

Non è ammesso a fare istanza il minore stesso, per lo scopo evidente di evitare fra genitore e figlio un conflitto diretto, dannoso alla moralità ed all'ordine della famiglia. — Del resto può il figlio presentare le proprie doglianze al procuratore del re, il quale vedrà se sia caso di promuovere nell'interesse del figlio quel provvedimento che non è concesso a lui d'invocare.

È poi notevole la differenza tra la disposizione dell'art. 233, che parla dei *parenti più vicini*, e questa che accenna genericamente *ai parenti;* da che sembra risultare che anche quelli di grado più remoto abbiano qualità per presentare l'istanza, da cui si astengano i più prossimi sebbene capaci. Della quale differenza si scorgono fors'anche motivi abbastanza plausibili; avvegnachè convenisse usare maggiore larghezza nel far luogo a procedere per l'allontanamento, che si rendesse necessario, del figlio dalla casa paterna, che quando si trattasse di provocare a danno del genitore la privazione d'alcuno degli attributi della patria potestà.

Nel determinare le forme del procedimento, la legge ha avuto giustamente in mira il più scrupoloso riserbo e il segreto che erano desiderabili in affare tanto delicato ed attenentesi anche all'onore della famiglia. Quindi è che si prescrisse doversi prendere *senza formalità giudiziali* le

informazioni necessarie, e si proibì di *esprimere nel decreto alcun motivo*.

Ordinando l'allontanamento del figlio dalla casa paterna il presidente può dare eziandio quegli ulteriori provvedimenti che reputi convenienti; per esempio determinare una persona presso cui debba stare il figlio, od una casa od istituto d'educazione in cui debba entrare. Per ciò appunto è detto nella legge che il presidente *provvede nel modo più conveniente*, lasciando così le più ampie facoltà al potere discrezionale di questo magistrato.

172. Sebbene il decreto del presidente del tribunale non abbia carattere alcuno di giurisdizione contenziosa, pure per la gravità stessa delle conseguenze che ne possono risultare, sia che accolga, sia che respinga l'istanza per l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, si è ammesso che possa essere impugnato mediante ricorso al persidente della Corte d'appello (art. 223 codice civile). È questo il solo mezzo di rivocazione o riforma, che in questa materia sia conceduto. S'intende che la facoltà di ricorrere non può competere ad altri che a chi aveva fatta l'istanza, se essa sia stata respinta, o al genitore, se sia stata ammessa.

S'intende parimente che sono applicabili anche qui le stesse prescrizioni di forma, come pel ricorso al presidente del tribunale; epperò se il presidente della Corte reputi necessarie nuove informazioni, queste devono essere prese *senza formalità giudiziali*, e neppure nel nuovo decreto può essere *espresso alcun motivo*.

L'articolo 223 aggiunge che “ sarà sempre sentito il “ pubblico ministero „. E a questo proposito è insorta differenza di opinioni tra i commentatori; parendo a qualcuno di essi “ che l'intervento del pubblico ministero non “ sia veramente prescritto se non al secondo grado „ (1),

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 221-223, § 518, pag. 815.

mentre altri professa che “ sì in primo che in secondo “ grado deve esser sentito il pubblico ministero „ (1). Quest'ultima opinione è veramente conforme al testo; nel quale dicendosi che “ *Nei casi indicati nei due articoli precedenti* contro i decreti del presidente del tribunale è “ ammesso il ricorso al presidente della Corte d'appello *e* “ *sarà sempre sentito il pubblico ministero* „ sembra evidente che le prime parole di questa disposizione reggano anche le ultime, sicchè il pubblico ministero debba essere sentito *in tutti i casi indicati nei due precedenti articoli*, come pure in quello contemplato dallo stesso articolo 223. Anche nel procedimento davanti al presidente del tribunale, sia che si tratti di richiamare il figlio nella casa paterna, o di allontanarnelo per giuste cause, o di confermare, revocare o modificare il provvedimento dato d'urgenza dal pretore, o di collocare il figlio, a scopo d'emendamento, in una casa o in un istituto di educazione o di correzione, il pubblico ministero dovrà quindi essere chiamato a dare il suo voto sull'istanza non procedente da lui. E ciò sembra d'altra parte del tutto naturale e conforme ai principii, trattandosi in ognuno dei ricordati casi di affare nel quale è altamente impegnato l'ordine pubblico.

§ III. — *Del diritto di correzione.*

Sommario. — 173. Del diritto di correzione, in quanto appartiene ad amendue i genitori. — 174. Del diritto di correzione, in quanto spetta esclusivamente al genitore che esercita la patria potestà. — 175. Mezzi di correzione, che possono attuarsi per via di autorità. — 176. Mezzi di correzione, per attuare i quali è necessario ricorrere al presidente del tribunale. — 177. Ricorso che può farsi al presidente della Corte d'appello contro i decreti del presidente del tribunale.

173. Il diritto di correzione essendo una conseguenza necessaria dell'altro di educazione dei figli, e questo essendo, in principio, comune ad entrambi i genitori, ne

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 546, pag. 376.

segue adunque che anche durante il matrimonio sì il padre che la madre siano autorizzati ad infliggere ai loro figli nell'interno della famiglia quelle punizioni che siano necessarie ad emendarne i costumi. Così in senso generale anche il diritto di correzione dei figli può dirsi comune ad ambi i genitori, e la legge consacra abbastanza questo principio colla dichiarazione scritta nell'art. 220, § 2°, che “ il figlio *è soggetto alla potestà dei genitori* sino all'età “ maggiore od all'emancipazione „. Per altro, quanto è ciò vero di quelle punizioni domestiche, il cui diritto è naturalmente inseparabile dall'adempimento del dovere di educazione, altrettanto è evidente che quei mezzi di correzione per attuare i quali occorre di dovere esercitare atti di autorità civile, valendosi, se occorra, dell'assistenza dell'autorità pubblica e dell'impiego della pubblica forza, non possono spettare se non al genitore che eserciti la patria potestà civile. Ed è questo che s'intende in senso specifico per *diritto di correzione.*

Considerando per ora il diritto di correzione nel senso più generale sopra indicato, in cui riguarda le sole punizioni domestiche e spetta ad amendue i genitori, la prima domanda, che naturalmente si presenta, è quali siano i confini entro i quali debba restringersi l'esercizio di tale potere. La legge non li ha segnati; nè avrebbe potuto farlo convenientemente, perchè le regole della disciplina domestica devono naturalmente essere variabili, secondo la civiltà e i costumi di ciascun paese, secondo le abitudini delle famiglie, e fino a un certo punto anche secondo la diversità delle classi sociali. Il meglio era, in questa parte, riferirsene ai costumi, alla civiltà, al progresso dei principii umanitari, confidando molto nell'affetto naturale dei genitori verso i figli.

Non è a dire però che il potere domestico del padre e della madre non abbia limiti davanti alla legge, e che quindi nessun loro atto o fatto in proposito possa andar soggetto a repressione, nè a censura alcuna. Sarebbe questa

una esorbitanza troppo enorme e troppo evidentemente contraria ai fini stessi della patria potestà, istituita principalmente nell'interesse dei figli, per proteggerli, guidarli, assisterli, assicurare il loro benessere, non per farli vittime di trattamenti irragionevoli e crudeli.

Una prima limitazione sorge indubbiamente dalle leggi penali, che reprimono i reati contro le persone. Non può negarsi, già lo notammo, ai figli soggetti a patria potestà la protezione delle leggi comuni, quand'anche abbiano da invocarle contro i propri genitori (1). Nessun fatto pertanto, che la legge penale colpisca come reato, potrebbesi mai considerare come costituente un esercizio legittimo del diritto di correzione sui figli; nè quei fatti sfuggirebbero alla sanzione comune.

Ma neppure ogni fatto che non fosse reato potrebbesi considerare come lasciato assolutamente all'arbitrio dei genitori, per usarne come mezzo di correzione sui figli. L'idea di un potere arbitrario è esclusa dal fondamento e dallo scopo stesso dell'autorità conceduta a quelli su questi. È un potere diretto principalmente all'interesse dei figli, e che perciò nella sua parte repressiva dev'essere regolato su quanto bisogni pel loro emendamento morale. Tenendosi entro questi limiti si fa di quel potere un uso legittimo; eccedendoli se ne commette un *abuso*, che giusta la provvida disposizione dell'art. 233 apre l'adito all'autorità giudiziaria per poter prendere gravi provvedimenti contro il genitore a tutela del figlio. — Trattandosi anche di semplici punizioni domestiche, consistenti in fatti, che quando anche non colpiti dalla legge penale fossero però evidentemente eccessivi, in confronto delle colpe per le quali quelle punizioni venissero inflitte, potrebbe dunque l'autorità giudiziaria dichiarare abusata la patria potestà dal genitore, che nell'esercizio di essa avesse commessi quei fatti, o tollerando che venissero commessi dall'altro geni-

(1) V. sopra, n. 148, pag. 323-324.

tore avesse così *trascurato il dovere*, che la stessa patria potestà gl'imponeva, di proteggere il figlio; e potrebbesi quindi far luogo ai provvedimenti accennati nell'art. 233 codice civile.

Ben s'intende che mentre le punizioni, le quali s'infliggessero per fatti colpiti da sanzione penale, dovrebbero considerarsi *assolutamente* come vietate e costituenti *abuso* della patria potestà; qui invece vi sarebbe molto di relativo, e dovrebbesi avere in considerazione anche lo stato dei costumi e della civiltà, le abitudini delle famiglie, le diverse condizioni delle classi sociali. Vi sarebbe, insomma, tutta quella latitudine di apprezzamento, che la legge ha dovuto di necessità lasciare al potere discrezionale dell'autorità giudiziaria nel decidere se siasi verificato *abuso della patria potestà*. Ancora è da avvertire che difficilmente potrebbe ammettersi esservi stato abuso, nel senso dell'art. 233, solo per qualche fatto isolato di eccesso nelle punizioni domestiche inflitte al figlio; mentre se questi eccessi si fossero resi abituali, od almeno si fossero frequentemente ripetuti, sarebbe caso di provvedere, secondo lo scopo della predetta disposizione, a proteggere il figlio contro gli ingiusti trattamenti a cui venisse sottoposto, sia *nominando un tutore* alla persona di lui, sia in altro modo che il tribunale riputasse più conveniente.

174. Veniamo ora al diritto di correzione considerato nel senso speciale e ristretto, secondo cui appartiene al solo genitore che esercita la patria potestà civile.

Già osservammo (1) come le legislazioni italiane anteriori, sull'esempio del codice Napoleone, ammettessero tra i mezzi di correzione, che i genitori potevano usare sul figlio, quello di farlo tenere in arresto, moderando però questa facoltà con norme diverse secondo l'età del figlio, secondochè egli avesse o no beni propri, o il genitore fosse

(1) V. sopra, n. 145, pag. 307-309.

passato ad altre nozze, o fosse la madre superstite, sebbene non rimaritata, che richiedesse l'arresto del figlio. A dire più esattamente, era anzi questo il solo mezzo legale di punizione, che quelle leggi stabilissero come sanzione del dovere di educazione, e come attributo della patria potestà civile. Riferimmo pure le considerazioni, per le quali si reputò di dover escludere dal nostro codice questo mezzo di correzione, considerandolo come poco conforme allo stesso scopo di educazione morale, che costituisce la base dell'istituzione della patria potestà, e come opposto al sentimento universale (1).

Fu sostituita una disposizione assai diversa, che è la seguente:

" Il padre che non riesca a frenare i traviamenti del " figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli se- " condo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari; " e ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale, " collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di educazione " o di correzione, che reputi più conveniente a correg- " gerlo e migliorarlo.

" L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente, " ed il presidente provvederà senza formalità di atti e " senza esprimere i motivi del suo decreto „ (art. 222 codice civile).

Prima di accingerci ad analizzare le diverse parti di questa disposizione, non saranno forse inopportune due osservazioni preliminari. La prima si è che le parole stesse con cui comincia l'articolo accennano alla massima da noi ritenuta, che all'infuori dei mezzi speciali di correzione, che la legge pone in mano di chi esercita la patria potestà civile, vi ha un diritto di correzione, il quale si esercita nell'interno della famiglia ed è comune ugualmente ad entrambi i genitori. Il parlare dei mezzi che si concedono al padre, qualora egli *non riesca a frenare i traviamenti del*

---

(1) V. sopra, n. 146, pag. 318-319.

figlio, suppone infatti che altri modi vi siano pei quali si possa correggere la mala condotta di lui e che siano stati infruttuosamente tentati.

In secondo luogo è da avvertire come tra i vari mezzi legali di correzione, *tassativamente* determinati nel predetto articolo, si presenti opportuna una distinzione, che le legislazioni anteriori ammettevano relativamente al diritto di far tenere in arresto il figlio. Quel diritto era talvolta abbandonato totalmente ed assolutamente alla libera facoltà del padre, e sulla richiesta di lui e senza esaminarne i motivi, il magistrato aveva obbligo di rilasciare l'ordine corrispondente; mentre altre volte l'ordine d'arresto non poteva essere rilasciato che in cognizione di causa, e il magistrato poteva concederlo o ricusarlo secondo le proprie convinzioni. Nel primo caso la dottrina soleva dire che il diritto di correzione era esercitato *per via di autorità*, negli altri *per via di richiesta*. E noi parimente nel nostro articolo 222 troviamo alcuni mezzi di correzione che si attuano *per via di autorità* del genitore, da cui la patria potestà è esercitata, senza anzi che occorra in nessun modo l'intervento dell'autorità giudiziaria; ed altri che non possono esercitarsi se non ricorrendo al presidente del tribunale ed ottenendone provvedimenti, che possono essere conceduti o rifiutati o modificati da quel magistrato, secondochè egli riconosca opportuno.

175. I mezzi di correzione, che possono attuarsi di piena autorità sua dal genitore che esercita la patria potestà, sono i seguenti:

1° *di allontanare il figlio dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari;*

2° *di collocarlo in una casa od in un istituto di educazione, che si reputi conveniente a correggerlo e migliorarlo.*

Non è già che il genitore esercente la patria potestà possa *allontanare il figlio dalla famiglia e collocarlo in una*

casa od istituto di educazione solo per correggerlo e frenarne i traviamenti contro i quali non siano bastate le ammonizioni nè le punizioni domestiche. — Chè anzi, come abbiamo osservato, è fra le ordinarie attribuzioni della patria potestà ed è una necessaria conseguenza del dovere e diritto di educare i figli, quella di poterli collocare, se occorra, fuori della casa paterna, in luogo più adatto a procacciar loro quella educazione morale ed intellettuale che non potessero ottenere in famiglia. Ed è appunto in corrispondenza di questo diritto, spettante al genitore dal quale è esercitata la patria potestà, che è imposta al figlio l'obbligazione di non abbandonare la casa paterna *o quella che il padre gli abbia destinata.*

Era sorto intorno a ciò qualche dubbio nella Commissione coordinatrice. Uno dei commissari propose " che " nell'art. 235 (art. 221 del cod.) laddove si dichiara che " il figlio non può senza permissione del padre abbando- " nare la casa paterna o quella che il padre gli abbia de- " stinata, si sopprimano le parole: *o quella che il padre gli* " *abbia destinata.*

" Teme il proponente che da queste parole possa argo- " mentarsi un eccessivo e sconfinato arbitrio nel padre di " allontanare senza ragionevole motivo il proprio figlio " dalla casa paterna, massime in caso di passaggio a se- " conde nozze, obbligandolo a vivere in luogo non con- " forme al suo stato e non propizio alla sua salute, laonde " vorrebbe che fosse temperato tale arbitrio.

" Il presidente ed un altro dei commissari appoggiano " questa proposta; ma essendosi osservato da altri che la " soppressione di quelle parole avrebbe forse per conse- " guenza di lasciar credere che il figlio possa impune- " mente abbandonare la casa di educazione, in cui il padre, " non soltanto per diritto, ma sovente anche per dovere, " può averlo collocato, un altro membro propone di sur- " rogare alle riferite parole queste altre: *o il luogo di* " *educazione che il padre gli abbia destinato* ".

“ Il primo proponente aderirebbe a questa modificazione,
“ giacchè egli non mette in dubbio che il padre abbia il
“ diritto di collocare il figlio in un collegio educativo; ma
“ altri manifesta il dubbio che la nuova proposta possa
“ essere troppo tassativa; e altri fa notare che gl'inconve-
“ nienti temuti dal proponente potrebbero sempre ripararsi
“ dal presidente del tribunale, il quale, secondo lo stesso
“ articolo 235, deve provvedere sui conflitti che insorgano
“ tra il padre ed il figlio. In vista di tutte queste osserva-
“ zioni il proponente dichiara che... non insiste nella sua
“ proposta „ (1).

Da questa discussione, sebbene non seguìta da alcuna innovazione al progetto, risultano però due cose importanti; che cioè niuno volea porre in dubbio il diritto del genitore esercente la patria potestà di collocare il figlio fuori della casa paterna, quando ciò fosse necessario od utile per la educazione di lui; e che la sola difficoltà suscitata riguardava il pericolo che il genitore abusasse di quel suo diritto. Se il mezzo, indicato nella discussione sopra riferita, sia veramente quello con cui, a tenore delle disposizioni del codice, possa ripararsi al pericolo preaccennato, lo vedremo fra poco. Intanto però è evidente che il diritto del padre di allontanare il figlio dalla casa paterna, e collocarlo in altra casa od in un istituto, può aver luogo ancorchè il figlio medesimo non siasi reso colpevole di trascorsi, pei quali convenga adottare un tal mezzo per punirlo ed emendarlo; può aver luogo anche pel semplice scopo di provvedere in modo più conveniente alla educazione di lui, e per virtù della massima generale stabilita nell'art. 221, § 1°; che però in quest'articolo 222 il diritto medesimo è considerato nell'altro aspetto di mezzo di correzione. Sotto il quale rapporto non è poi da porre in dubbio che il genitore esercente la patria potestà possa di autorità propria allontanare il figlio dalla famiglia e col-

(1) V. Proc. verb., n. 14, pag. 151.

locarlo in altra casa od in un istituto di educazione. Come potrebb'essere altrimenti, se indipendentemente da ogni mancamento del figlio spetta quel diritto al genitore anche pel solo scopo della educazione, il diriger la quale appartiene esclusivamente a lui? Eppure potrebbe, a primo aspetto, farne dubitare la forma dell'articolo; poichè vi è detto che il padre può, *ricorrendo al presidente del tribunale, collocare il figlio in quella casa o in quell'istituto di educazione o di correzione che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo*. Si osservi però che il senso assoluto, che avrebbe la proposizione se fosse espressa in questi precisi termini, è modificato assai da quelle parole che vi sono frapposte — *ove sia d'uopo* —, le quali accennano non tanto al caso in cui si tratti di collocare il figlio in una *casa di correzione*, — pel che è sempre necessaria l'autorizzazione del presidente del tribunale — ma anche a quello in cui si voglia porlo in altra casa fuori della paterna o in un istituto di educazione e siasi in necessità di valersi a tal uopo della forza pubblica, il che non potrebbe ottenersi se non per decreto del presidente. Così dunque l'esercizio di questo mezzo di correzione, consistente nell'allontanare il figlio dalla famiglia e collocarlo in altra casa od in un istituto di educazione, può farsi dal genitore per via di *autorità propria;* eccettochè occorra di costringervi il figlio colla forza pubblica, nel qual caso è indispensabile l'intervento del magistrato. — Che tale sia veramente il senso della legge risulta manifestamente eziandio da alcune parole, che altra volta riferimmo, della relazione ministeriale, che accompagnava il progetto presentato al Senato: “ Si ammette il diritto coattivo dei genitori sulla persona “ del figlio; essi possono allontanarlo dalla propria casa, “ possono collocarlo in un istituto di educazione, *e ricor-* “ *rendo al presidente del tribunale, anche in una casa di* “ *correzione* „.

La distinzione non potrebb'essere più chiaramente segnalata. L'allontanamento del figlio dalla famiglia, il

collocamento di lui in un istituto educativo, sono mezzi di correzione, *diritti coattivi*, i quali spettano al genitore, che esercita la patria potestà, *per autorità propria*. Solo quando si tratti di chiudere il figlio in una *casa di correzione* è indispensabile procedere *per via di richiesta*, ricorrendo al presidente del tribunale, il quale può concedere o negare la chiesta autorizzazione. E simile ricorso può altresì divenir necessario quando occorra di *far eseguire colla forza* la determinazione di allontanare il figlio dalla casa paterna, collocandolo in un casa od istituto non di correzione ma di educazione; come è necessario quando si tratti di costringerlo a ritornare nella casa paterna, da cui siasi allontanato senza permesso.

Quando il genitore eserciti il proprio diritto di allontanare per punizione il figlio dalla famiglia, può *assegnargli secondo i proprî mezzi gli alimenti strettamente necessari*. La legge considera evidentemente questo come un complemento di quel mezzo di correzione ch'essa medesima pone in mano del genitore; ond'è conseguente il dovervisi scorgere una derogazione al diritto comune circa la prestazione degli alimenti dovuta ai figli, derogazione ch'è anche manifestata dalla espressione del testo, essendovi parlato di *alimenti strettamente necessari*. Mentre dunque, in generale, *gli alimenti debbono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle sostanze di chi deve somministrarli* (art. 143 cod. civ.), qui si può limitarli alla pura e stretta necessità; entrando nella determinazione dell'assegnamento alimentario un terzo elemento, che è la punizione da infliggersi al figlio. Ciò dicendo supponiamo che anche alle sostanze del genitore debbasi tuttavia avere qualche riguardo, e non attenersi rigorosamente a ciò solo che sia assolutamente indispensabile affinchè il figlio possa campare la vita. E che tale sia veramente l'intendimento del legislatore ci sembra manifesto, poichè egli ha detto anche qui che il genitore debba assegnare *secondo i proprî mezzi* gli alimenti *strettamente necessari*. Nella valutazione di questa

necessità deve dunque esservi qualche cosa di relativo, in riguardo anche alla condizione e fortuna del genitore. Questi non è certamente tenuto di somministrare al figlio, che vuol correggere, gli alimenti nella misura ordinaria; può limitarli al solo necessario, o può collocare il figlio in un istituto d'educazione o in una casa dove sia ricevuto a retta e dove abbia un trattamento d'assai inferiore a quello a cui avrebbe diritto nella casa paterna. Ma non si può a meno di considerare come necessario pel figlio di ricche persone, cresciuto in mezzo agli agi e alle mollezze, ciò che non lo sarebbe per chi fosse stato abituato sempre a vivere in istrettezze. Bisogna dunque tenere il dovuto conto della punizione meritata dal figlio, della necessità di frenarne i traviamenti, di promuoverne l'emendamento morale; ma non si deve neppure dimenticare un giusto riguardo alla condizione ed ai mezzi del genitore che punisce. Tale ci sembra il concetto che emerge dalle parole della legge, e ci sembra anche il più giusto; giacchè altrimenti sotto fallaci apparenze di uguaglianza potrebbesi avere in realtà una enorme differenza nel mezzo di correzione, se il figlio del ricco e quello del povero potessero esser ridotti del pari, per falli di uguale gravità, a quello che è loro assolutamente necessario per vivere.

Abbiam veduto come la Commissione coordinatrice si fosse preoccupata del caso che il padre *usasse di un eccessivo e sconfinato arbitrio nell'allontanare il proprio figlio dalla casa paterna, massime in caso di passaggio a seconde nozze, obbligandolo a vivere in luogo non conforme al suo stato e non propizio alla sua salute;* ed anche quando l'allontanamento dalla famiglia e il collocamento in altra casa, od in un istituto di educazione, fosse inflitto come mezzo di correzione, potrebbesi pure verificare che il genitore avesse ecceduto, sia venendo a queste determinazioni per cause non abbastanza gravi, sia collocando il figlio in una casa o in un istituto dove ricevesse un trattamento troppo gravemente sproporzionato alla condizione ed ai mezzi

del genitore, o una educazione non conforme al suo stato.

Abbiam veduto altresì che da uno dei commissari fu indicato il mezzo, che secondo lui era offerto dalla legge per riparare a tali inconvenienti; e questo mezzo consisterebbe nel *ricorso al presidente del tribunale, che, giusta l'articolo* 221, § 2°, *deve provvedere sui conflitti che insorgano tra il padre ed il figlio.*

A veder nostro sarebbevi in questa idea un duplice errore: perchè la nostra legge non ammette mai che il figlio possa elevare un conflitto contro il genitore alla cui patria potestà sia soggetto, ricorrendo direttamente al presidente del tribunale, ma solo concede la facoltà di tali ricorsi ai prossimi parenti ed al pubblico ministero (articoli 221, § 2°, e 233 cod. civ.); e perchè poi l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, di cui parla l'art. 221, § 2°, non è quello che sia inflitto dal genitore al figlio per fine di correzione, ma quello che può essere promosso nell'interesse del figlio contro il genitore, quando giuste cause lo dimostrino necessario per tutela della morale e per l'educazione del figlio stesso. Così pure il medesimo art. 222 contempla bensì il ricorso al presidente del tribunale, ma solo per ottenerne il decreto, che ordini la chiusura del figlio in una casa di correzione, o l'impiego della forza pubblica per costringere il figlio ad entrare in quella casa o in quell'istituto di educazione in cui si voglia collocarlo a scopo di emendamento morale. Ma quando il genitore eserciti quei poteri, che in virtù della patria potestà gli sono conferiti dalla legge come a lui spettanti *per propria autorità*, l'intervento dell'autorità giudiziaria è in generale inammissibile, nè quindi potrebbesi far luogo a ricorrere al presidente del tribunale contro le determinazioni del genitore. Non è però neppur da pensare che quest'ultimo possa agire con uno sconfinato arbitrio, infliggendo correzioni immeritate od eccessive; riducendo, per esempio, il figlio ad avere per gli alimenti meno di quanto

è da riputarglisi necessario secondo la condizione e i mezzi del genitore, o condannandolo a stare in una casa od istituto dove riceva una educazione gravemente sproporzionata al grado che deve competergli in società. Non v'ha dubbio che con queste risoluzioni il genitore *abuserebbe della patria potestà;* epperò andrebbe soggetto all'applicazione dell'art. 233 cod. civ. Solamente, a tenore di questo articolo stesso, non sarebbe il figlio che potrebbe sollevare contro il genitore un conflitto da risolversi dal presidente del tribunale; ma sarebbero i parenti più prossimi ed il pubblico ministero autorizzati a presentare nell'interesse del figlio una istanza, che dovrebb'esser diretta *al tribunale* stesso, solo competente a provvedere colla nomina di un tutore o con altri mezzi che stimasse più convenienti.

176. Da quanto fu esposto nel numero precedente risulta già abbastanza quali siano i mezzi di correzione, che il genitore esercente la patria potestà non può attuare *per autorità propria*, e pei quali è invece indispensabile il ricorrere al presidente del tribunale. Ciò è necessario in primo luogo per ottenere che il figlio sia rinchiuso in una casa di correzione; e n'è evidente il motivo, trattandosi di un mezzo straordinario e gravissimo, che assume in qualche parte un carattere di vera penalità. Può essere necessario anche quando si tratti soltanto di quei mezzi di correzione, che possono in generale esercitarsi per via di autorità, se in qualche caso per attuarli occorra di dover impiegare l'uso della forza pubblica.

Per tali casi la legge s'è pure occupata di determinare forme speciali di procedimento, dirette, per quanto si possa, a diminuire gli attriti, a salvare l'onore del figlio, a proteggere col segreto anche il decoro della famiglia. Da ciò la disposizione del § 2° dell'art. 222.

177. Anche contro il decreto col quale il presidente del tribunale abbia autorizzato il genitore a far rinchiudere

il figlio in una casa di correzione, o ad usare della forza pubblica per tradurlo in quella casa o in quell'istituto di educazione, in cui si reputi conveniente di collocarlo a scopo di correzione e miglioramento è ammesso potersi ricorrere al presidente della Corte d'appello, ed è prescritto doversi sempre sentire il pubblico ministero (art. 223 codice civile).

Intorno a ciò non avremmo che a riferirci a quanto già dicemmo sovra simile argomento per altre specialità a cui pure è applicabile la stessa disposizione (1).

Non possiamo tacere però di un dubbio particolare, che può sorgere intorno alle persone alle quali spetti la facoltà di tali ricorsi. Che il genitore, da cui sia stata fatta l'istanza per costringere il figlio a stare nella casa o nell'istituto di educazione in cui si vuol collocarlo a scopo di emendamento, o per chiuderlo in una casa di correzione, possa ricorrere contro il decreto del presidente, che abbia respinta l'istanza medesima, non si deve esitare ad ammettere. Ma se al contrario il presidente abbia accolta l'istanza, si potrà ricorrere contro il decreto al presidente della Corte? E a chi apparterrà la facoltà di farlo? Non pare accettabile che il ricorso possa essere presentato direttamente dal figlio. Ciò sarebbe contrario a tutto il sistema stabilito dalla nostra legge; la quale per motivi giusti e gravissimi ha voluto assolutamente, come più volte osservammo, evitare questi conflitti diretti tra genitori e figli. Ma d'altra parte ripugna il ritenere irreparabile un decreto, che sotto aspetto di correzione abbia sanzionata una ingiustizia a danno del figlio, e forse pregiudicato a tutto l'avvenire della sua vita. In fine col chiedere l'ingiusto e dannoso provvedimento il genitore avrebbe *abusato* della patria potestà. Vero è che questo abuso essendo coperto da un decreto dell'autorità competente, che lo farebbe considerare al contrario come uso legittimo dell'autorità paterna,

---

(1) V. sopra, n. 172, pag. 374-375.

non potrebbesi far luogo veramente ad applicare l'art. 233. Ma coloro che avrebbero facoltà di reclamare nell'interesse del figlio contro gli abusi commessi a suo danno, i parenti più vicini ed il pubblico ministero, non potrebbero almeno valersi del procedimento speciale stabilito dall'art. 223, per impedire che l'abuso si consumasse, ricorrendo al presidente della Corte d'appello contro il decreto del presidente del tribunale? Saremmo propensi ad ammetterlo; e crediamo di trovare appoggio a questa opinione nella generalità stessa dei termini del predetto articolo 223, che dichiara farsi luogo a ricorso contro il decreto, senza distinguere se per esso sia stata respinta od accolta l'istanza del genitore.

SEZIONE II.

Dei diritti del genitore, che esercita la patria potestà, sui beni del figlio.

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO. — 178. Caratteri distintivi dei diritti appartenenti a questa classe. Partizione della materia.

178. Due sono i diritti che la legge attribuisce al genitore, da essa investito dell'esercizio della patria potestà, sui beni del figlio che vi è soggetto; quello di *amministrazione* e quello di *usufrutto* dei beni predetti.

L'uno di questi diritti differisce profondamente dall'altro, non solo per gli effetti giuridici che ne derivano, ma eziandio per la causa su cui ciascun d'essi si fonda, pel fine che gli è prefisso e pei beni a cui si estende.

L'*amministrazione legale*, ossia la gestione dei beni appartenenti al figlio minore di età e non emancipato, è attribuita al genitore, esercente la patria potestà, *nell'interesse del figlio*, per supplire alla incapacità civile in cui questi si trova costituito, e in tale aspetto si fonda eziandio sovra ragioni d'*ordine pubblico*. Pel genitore è questo veramente

più un dovere che un diritto, e forma complemento necessario di quegli obblighi di protezione ed assistenza che la natura e la legislazione positiva gl'impongono verso il figlio. Coerentemente a questo suo carattere, il diritto di amministrazione legale comprende di necessità tutti in generale i beni del figlio; salvo quelle limitazioni che possano derivare dalla legge o da speciali disposizioni dell'uomo autorizzate dalla legge stessa.

L'*usufrutto legale*, cioè il diritto di godere di certi beni del figlio finchè questi non abbia raggiunto l'età maggiore o non sia emancipato, è stabilito invece per un interesse affatto privato del genitore, e non si estende a tutti i beni che possano appartenere al figlio, ma colpisce quelli soli che siano stati acquistati da lui *a titolo lucrativo*.

Il diritto di amministrazione è già compreso per sè in quello di usufrutto, rispetto ai beni che a questo sono soggetti, avvegnachè l'usufruttuario abbia necessariamente, come tale, un *diritto proprio di possesso e di amministrazione*; ed allora la qualità di usufruttuario deve in certi rapporti modificare inevitabilmente i diritti e le obbligazioni che il genitore avrebbe come semplice amministratore. Ciò non ostante, non ne deriva confusione nei caratteri giuridici e negli effetti particolari di quei diritti, i quali sono sempre perfettamente distinti, quantunque coesistenti sui medesimi beni, e continuano ad essere regolati separatamente dalle norme loro proprie.

Così non è dubbio che sui beni cadenti nel suo usufrutto il genitore potrebbe esercitare diritti che non gli competerebbero altrimenti nella semplice qualità di amministratore; e, per esempio, potrebbe servirsi delle cose delle quali non si può far uso senza consumarle, salvo rendere in fine dell'usufrutto l'equivalente in qualità e quantità od in valore (art. 483 cod. civ.); e non è dubbio parimente che pei beni usufruiti il genitore non potrebbe esser tenuto a dar conto delle rendite che ne fossero provenute, ma solo della proprietà di quei beni, dei quali egli

pure, al pari d'ogni altro usufruttuario, è obbligato a *conservare la sostanza tanto nella materia quanto nella forma* (art. 477 cod. civ.). Ecco dunque rapporti nei quali la qualità di usufruttuario modifica manifestamente i diritti e le obbligazioni ordinarie dell'amministratore.

Ma ben possono esservi altri rapporti in cui tali due qualità producano separatamente i loro effetti giuridici, secondo le norme speciali proprie di ciascuna. Così se nei beni usufruiti si verifichi il bisogno di riparazioni straordinarie, non cagionate dall'ineseguimento delle ordinarie durante l'usufrutto (art. 501 cod. civ.), il genitore, nella qualità sua di amministratore, potrà provvedere a tali riparazioni a carico del figlio proprietario, giovandosi a tal uopo delle rendite degli altri beni che il figlio possegga e che non siano soggetti all'usufrutto legale.

Svolgeremo in due separati paragrafi le norme particolari concernenti il diritto di amministrazione e quello di usufrutto legale, dipendenti dalla patria potestà.

§ I. — *Dell'amministrazione legale dei beni dei figli soggetti a patria potestà.*

NOZIONI GENERALI

179. Il codice Napoleone nel titolo che trattava della *patria potestà* non avea parola che riguardasse l'amministrazione dei beni del figlio. Solo nel titolo successivo — *della minorità, della tutela e dell'emancipazione* — era dichiarato che “ il padre, durante il matrimonio, è

“ l’amministratore dei beni di proprietà dei suoi figli mi-
“ nori „. — Nessun’altra disposizione particolare regolava gli atti di quest’amministrazione nel suo esercizio; onde nascevano non poche nè lievi difficoltà nello stabilire a quali norme si potesse attenersi in proposito.

Il diritto di amministrazione legale non era poi attribuito che *al padre durante il matrimonio;* perchè allo sciogliersi di questo cessava, quanto all’amministrazione dei beni del figlio, la patria potestà e si apriva la tutela. Erasi considerato in quella legislazione che durante il matrimonio dei genitori non può esser che raro il caso di qualche figlio che abbia beni proprii; e se mai ciò si verifichi, il figlio ha sempre nella madre un protettor naturale, che sorveglia ad evitar ogni danno; ond’erasi reputato non necessario, in tale condizione di cose, il creare una tutela circondata di tutte quelle speciali guarentigie che la legge ha stabilito per essa. Ma all’opposto allo sciogliersi del matrimonio, mentre il figlio perdeva uno dei protettori datigli dalla natura, acquistava per la successione del genitore predefunto dei diritti, nel cui esercizio poteva trovarsi in conflitto d’interessi col genitore superstite; epperò ritenevansi allora necessarie pel figlio quelle nuove garanzie che appunto gli si offrivano coll’aprire per lui lo stato di tutela.

Il codice Austriaco attribuiva al padre l’amministrazione dei beni del figlio, finchè questi fosse soggetto alla patria potestà; dichiarava applicabile in generale tutto ciò ch’era prescritto intorno agli atti obbligatorii dei minori soggetti a tutela; ed obbligava il padre a rappresentare i suoi figli minorenni, ed a rendere conto *ogni anno* delle rendite che sopravanzassero alle spese di educazione (§§ 149, 150, 152).

Il codice pel regno delle Due Sicilie, come il codice Napoleone, dava *al padre durante il matrimonio* l’amministrazione dei beni dei figli minori, e dettava poche regole intorno a tale amministrazione, per ciò specialmente che

riguardava l'alienazione de' beni mobili, l'accettazione o ripudio delle eredità che si devolvessero al minore, gli atti di alienazione e di costituzione d'ipoteca sui beni immobili di lui, e il rendiconto finale (art. 291, 292, 293).

Il codice Parmense, l'Albertino e l'Estense non avendo conceduta la patria potestà civile ad entrambi i genitori, nè avendola d'altra parte limitata *al solo padre durante il matrimonio*, come facevano il codice Francese e il Napoletano, ma avendola invece attribuita, il Parmense *all'ascendente maschio in linea mascolina paterna, che occupasse il primo grado in famiglia*, l'Albertino e l'Estense *al padre, od all'avo paterno* qualora il padre fosse egli stesso soggetto alla patria potestà o fosse morto non emancipato (1); era conseguente che anche il diritto di amministrare i beni del figlio, che è pure uno degli attributi della patria potestà, fosse dato alle stesse persone.

Quanto all'esercizio dell'amministrazione, quei codici si limitavano a contemplare alcuni speciali atti eccedenti l'amministrazione semplice, quali erano il prendere danaro a prestito, l'ipotecare o alienare i beni del figlio; pei quali atti il codice Estense prescriveva le stesse forme abilitanti richieste per simili atti che dovessero farsi da un tutore; mentre il Parmense e l'Albertino si accontentavano di certe forme particolari meno rigorose di quelle volute per la tutela.

Nessuno poi di questi codici sottometteva, come l'Austriaco, il padre di famiglia all'obbligo di dare un rendiconto annuale; reputando bastante quello da presentarsi in fine dell'amministrazione. Senonchè, mentre i codici Albertino ed Estense si riferivano tacitamente alle regole comuni circa i conti d'ogni amministrazione di beni altrui, il Parmense invece ammetteva per regola che *il figlio emancipato o fatto maggiore non potesse far eccezione al rendimento dei conti dato dal padre;* riservando però il caso *che l'eccezione*

---

(1) V. sopra, n. 145, pag. 305-306.

fosse dal giudice riconosciuta di tale indole da doversi ammettere non ostante i riguardi d'altronde dovuti alla patria potestà; e l'altro ancora che *si trattasse di beni lasciati al figlio sotto la condizione che il padre non li amministrasse,* condizione che *si aveva per non apposta,* salvo che il padre era allora *tenuto al rendimento dei conti come qualunque altro amministratore.*

180. Con questi esempi davanti agli occhi, gli autori del codice Italiano non si tennero però contenti a seguirli, ma adottarono norme per la massima parte assai diverse.

Innanzi tutto, avendo stimato, per le ragioni altrove dimostrate, di dover escludere la massima che la patria potestà durasse solo quanto il matrimonio e fosse intanto esercitata dal padre, ma sciolto il matrimonio si trasformasse in tutela; avendo stabilito all'opposto che la patria potestà civile continuasse nei genitori fino all'età maggiore od all'emancipazione del figlio, e fosse esercitata dal padre, e quando egli non lo potesse, dalla madre durante il matrimonio, e sciolto questo, fosse esercitata dal genitore superstite senza distinguere tra il padre e la madre (1); era naturale che anche l'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà fosse attribuita e durante il matrimonio e dopo lo scioglimento di esso a quello dei genitori che avesse l'esercizio della patria potestà medesima. È vero che gli articoli 224 e seguenti, i quali trattano dell'amministrazione legale dei beni dei figli soggetti a patria potestà parlano sempre del *padre* soltanto. Ma, come osservammo in occasioni analoghe, ciò dipende dall'essersi contemplato, come si suole, il caso più frequente a verificarsi, che è appunto quello che la patria potestà sia esercitata dal padre. Del resto non è possibile ammettere che ogni qualvolta l'esercizio della patria potestà appartenga, secondo le disposizioni della legge, alla madre, non

(1) V. sopra, n. 146, pag. 313 e seguenti.

vi si abbia a comprendere anche l'amministrazione dei beni del figlio, la quale costituisce pure uno degli attributi integranti della patria potestà stessa.

Quanto poi all'esercizio dell'amministrazione legale predetta, il nostro codice ne ha trattato assai più diffusamente che le legislazioni precedenti. Il codice Francese, con quella semplice sua dichiarazione che *il padre durante il matrimonio era l'amministratore dei beni di proprietà dei suoi figli minori*, lasciava totalmente insoddisfatto il desiderio di norme regolatrici di tale amministrazione; alle quali sforzandosi di supplire la dottrina e la giurisprudenza, ne nasceva un cozzo di opinioni e di massime, che in materia tanto grave e importante produceva una deplorabile incertezza. Qualche cosa di più fecero le legislazioni italiane posteriori; ma si era ben lungi ancora dal poter dire risolute anche solo le più gravi difficoltà, che nelle applicazioni pratiche potessero presentarsi. — Il codice Italiano ha provveduto a regolare l'amministrazione legale de' beni dei figli soggetti a patria potestà con una serie di disposizioni costituenti un sistema, che forse può meritamente dirsi completo, che certamente voleva esserlo secondo l'intendimento dei suoi autori. Della quale osservazione avremo a trarre più avanti qualche conseguenza, che varrà a dimostrarne tutta la utilità.

Intorno allo spirito di questo sistema, stabilito dal nostro codice, sarebbe ora prematuro l'entrare in particolari, che ci saranno rivelati molto più chiaramente e completamente dallo studio che faremo più tardi sulle singole disposizioni. Basterà per ora qualche avvertenza generale. E prima non sarà inopportuno osservare la distinzione perfetta che la nostra legge ha posto tra le norme regolatrici dell'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà e quelle della tutela. La quale distinzione, oltrecchè apparisce da sè pel fatto stesso d'essersi dettate per l'amministrazione legale predetta massime speciali, con cui si è avuto in animo di regolare ciascuno dei vari rapporti che potessero riguardarla, è poi confermata eziandio da una particolare

disposizione, che già vedemmo fatta rispetto alla tutela legale attribuita ai genitori sui figli naturali legalmente riconosciuti. Si voleva che questa tutela avesse realmente gli attributi stessi della patria potestà, eccetto ciò che concerne l'usufrutto legale de' beni dei figli, riservato ai soli genitori legittimi. Epperò nell'ultimo paragrafo dell'art. 184 si richiamarono come applicabili a questa tutela le disposizioni, fra l'altre, degli articoli 224, 225, 226, 227; dimostrando così che le regole relative all'amministrazione della tutela ordinaria rimanevano escluse ed erano considerate come non aventi nulla di comune colle norme dell'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà.

181. Le guarentigie, stabilite dalla legge per la tutela, non sono esse dunque parimente applicabili a quest'amministrazione legale? A tale quesito risponderebbe già in modo generale e decisivo quanto esponemmo nel numero precedente. Poichè, se è vero, come pare dimostrato, che la nostra legge traccia nettamente una perfetta separazione tra le predette due specie di amministrazione, e se per quella attribuita al genitore, che esercita la patria potestà, la legge stessa ha organizzato tutto un sistema speciale e completo di norme regolatrici, tra le quali non si veggono riprodotte quelle particolari cautele che furono stabilite per la tutela; è ovvio dedurne la conseguenza che tali cautele non siano ritenute in questa materia applicabili.

Non contentiamoci però di questa osservazione generale, ed entriamo in qualche esame particolare, che valga a raffermarci viemmeglio nel principio che abbiam creduto doversi adottare, o a dimostrarci se mai in alcuna parte fosse ragionevolmente da fargli qualche limitazione.

Non parliamo ora di quelle norme prudenziali, che per dare maggior sicurezza agl'interessi del minore, il quale sia soggetto a tutela, la legge ha reputato necessario di stabilire, sia per riguardo all'esercizio della tutela medesima, sia pel rendiconto finale di essa. Questi sono argomenti

dei quali ci riserbiamo di trattare più avanti. Frattanto limitiamoci ad occuparci di quelle sole guarentigie speciali, e a dir così, preliminari, di cui si volle circondare la tutela allo scopo appunto di assicurare l'efficacia delle ulteriori prescrizioni relative all'esercizio di quell'amministrazione e al conto che ne deve esser dato.

Quest'ordine di guarentigie incomincia nell'organizzazione stessa della tutela; in cui a fianco del tutore è posto un *protutore*, e al di sopra di amendue, come corpo deliberante, il *consiglio di famiglia*.

È evidente che non è possibile parlare di *protutore* a proposito dell'amministrazione legale esercitata da chi è investito della patria potestà. Può mai esservi protutore dove non vi è tutela? Ma preoccupiamoci meno della forma esteriore della istituzione che della sostanza di essa. L'ufficio che la legge assegna al protutore consiste nel *promuovere la nomina di un nuovo tutore in caso di tutela vacante o abbandonata, rappresentando frattanto il minore e facendo gli atti conservatorii e gli amministrativi che non ammettano dilazione, e nel rappresentar pure il minore nei casi in cui l'interesse di lui si trovi in opposizione con quello del tutore* (art. 266 cod. civ.). Ora è evidente che la prima parte di queste attribuzioni non potrebbe avere applicazione alcuna trattandosi della patria potestà esercitata dal genitore; e al caso di *opposizione d'interessi* provvede la legge con un mezzo speciale e tutto diverso, cioè colla nomina, da farsi dall'autorità giudiziaria, di un *curatore speciale* al minore (art. 224, §§ 3, 4, cod. civ.). Così si verifica manifesto in questa specialità ciò che abbiamo detto in via di principio generale, che, cioè, l'amministrazione legale nella patria potestà si regge con un sistema particolare, affatto distinto e diverso da quello dell'amministrazione tutelare.

Deve ritenersi parimente del *consiglio di famiglia*, considerato come *istituzione permanente* durante la minore età della persona, che tale istituzione è propria e speciale esclusivamente della tutela, e affatto estranea alla patria

potestà. Ha detto egregiamente il *Borsari:* " La fiducia che
" la legge ripone in una eletta di parenti, che compongono
" il consiglio di famiglia quando mancano i genitori, si
" concentra intera nel padre o nella madre; la legge pre-
" scinde da ogni altra sorveglianza, attesochè la istruzione,
" la educazione, il regolamento dei figli sia uno degli uffici
" della patria potestà. Nella incompatibilità degl'interessi
" si destina al figlio un tutore speciale... non però dal con-
" siglio di famiglia, che in vita dei genitori non esiste ".

Non esiste infatti; poichè è solo *quando siasi verificata l'apertura della tutela*, che viene costituito " un consiglio
" di famiglia permanente per tutto il tempo della medesima
" presso il pretore del mandamento dove si trova la sede
" principale degli affari del minore " (art. 249 cod. civ.).
E che tale sia veramente e rigorosamente il concetto della legge, è poi confermato da quanto dispone l'art. 261, che trattando del *consiglio di tutela*, il quale tien luogo di quello di famiglia per le persone nate fuori di matrimonio, dichiara " *eccettuato il caso di tutela legale esercitata dal*
" *genitore a norma dell'articolo* 184 ". Neppure il *genitore naturale*, che propriamente non ha sul figlio da lui riconosciuto una vera potestà patria, ma solo una *tutela legale*, la quale però nei suoi attributi, meno ciò che concerne l'usufrutto legale, è parificata alla patria potestà, neppur egli è dunque soggetto nella propria amministrazione alla sorveglianza, al sindacato, all'autorità insomma d'un consiglio tutelare. Con quanto maggior ragione non dev'esserne esente chi ha la patria potestà vera, il genitore legittimo?

Si noti però che parlammo del consiglio di famiglia come *istituzione permanente;* chè non è escluso potersi verificare il bisogno, per determinati atti relativi anche all'esercizio della patria potestà, di convocare straordinariamente e temporariamente un consiglio di famiglia, dalle cui determinazioni dipenda il regolare qualche rapporto concernente la patria potestà stessa. La legge anzi lo ammette per qualche caso da essa espresso: come quando si tratta

di decidere sul ricorso presentato dalla vedova per essere dispensata dalle condizioni che il marito le abbia stabilite in testamento od atto autentico per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei loro beni (art. 235 cod. civ.); o quando la vedova stessa volendo passare a nuovo matrimonio, sia da decidere se si debba o no conservarle l'amministrazione dei beni dei figli minori (art. 237 cod. civ.); o quando essendo la vedova passata a nuove nozze senza invocare la predetta decisione, sia da provvedere alla educazione dei figli ed all'amministrazione dei beni perduta di diritto dalla madre, o riammettere questa alla medesima amministrazione (art. 238 cod. civ.).

Dal non esistere nella patria potestà un consiglio di famiglia permanente, deriva poi senza dubbio che non possano neppure applicarsi alla patria potestà stessa quelle cautele secondarie, che nell'organizzazione della tutela si collegano colla istituzione di quel consiglio. Così le facoltà, che ad esso sono attribuite, di deliberare sulla educazione che convenga di dare al minore (art. 278 cod. civ.) sull'annua spesa da sostenersi per l'educazione stessa e per l'amministrazione del patrimonio e sull'impiego dell'avanzo delle rendite (art. 291 cod. civ.) e sugli *abusi* che il tutore commetta nell'esercizio della sua autorità (art. 280 codice civile), non possono trovare alcun riscontro in questa materia della patria potestà. Il genitore dispone egli solo liberamente — e senz'altro sindacato possibile fuor di quello, a cui è sottoposto, dell'autorità giudiziaria, pei casi di abuso — intorno all'educazione del figlio, alla spesa da sostenersi per essa, all'impiego degli avanzi che risultino annualmente dalle rendite. I provvedimenti poi che l'autorità giudiziaria può prendere appunto nei casi di abuso commesso dal genitore, sono stabiliti da una disposizione speciale (art. 233 cod. civ.) che non ha nulla di comune con quella dell'art. 280 relativo alla tutela.

Uscendo ora dall'ordine di quelle guarentigie, che consistono nell'organizzazione stessa dei poteri della tutela,

altre se ne incontrano tendenti ad assicurare l'interesse del tutelato contro i pericoli a cui potrebb'essere esposto nell'esercizio che è presso ad intraprendersi dell'amministrazione tutoria; e consistono nella formazione dell'inventario, nella prestazione della cauzione da parte del tutore, e nella vendita dei mobili. Anche queste guarentigie sono dunque tutte affatto estranee all'amministrazione legale del padre di famiglia?

Dell'*inventario* non è fatta parola in questo titolo del codice, che tratta della patria potestà. Per altro la dottrina sì francese che nostra presenta una divergenza di opinioni intorno al determinare se l'adempimento di questa formalità sia necessario come base anche dell'amministrazione legale del padre di famiglia. Alcuni autori ritengono questa necessità, fondandosi nel considerare che l'obbligazione di fare inventario non è particolare al tutore soltanto, ma imposta generalmente a tutti gli amministratori dei beni altrui; ed è infatti indispensabile per somministrare le basi del conto che dev'essere reso in fine dell'amministrazione. Aggiungono un argomento di analogia, tratto da testi positivi riguardanti altri amministratori; per esempio, quelli del codice Francese, che obbligano il marito a fare inventario dei beni d'una eredità devoluta ad uno dei coniugi viventi in comunione di beni, quelli che impongono una simile obbligazione agl'immessi in possesso provvisorio dei beni d'un assente. Ammettono però che il genitore esercente la patria potestà non sia vincolato nella formazione stessa dell'inventario da quelle regole che sono proprie e particolari della tutela e che, per esempio, non sia tenuto a procedere all'inventario in contraddittorio nè coll'assistenza d'altri, nè abbia obbligo di dichiarare i debiti o i crediti o le altre ragioni sue verso l'amministrato (conf. articoli 282, 285 cod. civ.) (1).

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 433-434; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 24; Borsari, *Comm.*, art. 224-226, t. I, § 519, pag. 816.

Altri all'opposto negano l'ammissibilità di qualunque argomento di analogia, essendo il padre un *amministratore privilegiato*. In che può fondarsi — osservano — l'*obbligazione legale* di fare l'inventario, quando la legge non la impone? Il silenzio della legge basta dunque per risolvere la questione. Si potrà lamentare che siasi lasciata questa lacuna, si potrà dire che poichè si teneva obbligato il padre, come ogni altro amministratore, a render conto della sua gestione, si dovea provvedere affinchè il rendiconto fosse serio; ma non si potrà sostenere che siavi una obbligazione legale senza una legge che la stabilisca (1).

Quest'ultima opinione ci sembra tanto più accettabile per noi, poichè la nostra legislazione avendo creato tutto un sistema completo di disposizioni regolatrici dell'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà, il silenzio serbato rispetto all'obbligo dell'inventario ne ritrae una concludenza tanto maggiore. Il solo argomento, che potesse prestarsi con qualche forza in senso contrario, sarebbe quello che è fondato sull'essere applicabili anche all'amministrazione legale del genitore, non ostante il silenzio che su determinati rapporti abbia tenuto la legge, quelle regole che sono generali per qualunque amministratore dei beni altrui. Ma è proprio vero che fra queste regole generali debba comprendersi anche l'obbligo di formare inventario dei beni soggetti all'altrui amministrazione? Non par giusto lo stabilir questo come un principio assoluto. Quando la legge ha voluto obbligare certi amministratori dei beni altrui a procedere ad un inventario, lo ha dichiarato espressamente come ha fatto appunto pei possessori temporanei dei beni d'un assente (art. 29 cod. civ.), pel tutore d'un minore o d'un interdetto (art. 281, 329 cod. civ.), per l'usufruttuario (art. 496 cod. civ.), per l'esecutore testamentario (art. 908 cod. civ.), per l'erede che abbia accettato

(1) V. Laurent, t. IV, n. 307, pag. 408; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 167, n. 3; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 548, pag. 379.

con benefizio d'inventario (art. 957 cod. civ.), pel curatore dell'eredità giacente (art. 982 cod. civ.); il che sarebbe stato superfluo se veramente l'obbligazione dell'inventario fosse necessariamente comune per chiunque amministri i beni d'altri. Ma poi non bisogna esagerare le conseguenze dell'essere esente da quest'obbligazione l'amministratore legale per patria potestà. Non v'ha dubbio ch'egli dovrà fare inventario di quei beni dei quali abbia l'usufrutto legale, a termini degli art. 228 e seguenti, poichè essendogli rispetto a ciò imposti tutti gli obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari, gli è necessariamente comune anche quello risultante dall'art. 496; il che d'altronde emerge anche più chiaramente dal confronto col successivo art. 497, pel quale il genitore avente l'usufrutto legale dei beni del figlio è dispensato dall'obbligo di dar cauzione, mentre non è punto dispensato dall'inventario. È certo parimente che anche pei beni, i quali eccezionalmente non siano soggetti all'usufrutto del genitore esercente la patria potestà (art. 229 cod. civ.), ma che siano provenuti al figlio da successione ereditaria, dovrà farsi l'inventario, giacchè soltanto sotto il benefizio di esso potrà essere accettata l'eredità (art. 226, 930 cod. civ.). La esenzione dall'obbligo dell'inventario non potrà pertanto avere applicazione, se non per quei beni che pervengano al figlio per titolo non lucrativo, o per donazione o legato di cui i beni che ne formano oggetto siano per eccezione sottratti all'usufrutto legale del genitore. È dunque evidente che non potendo trattarsi di universalità di beni, ma solo di beni particolari, la formalità dell'inventario viene a perdere molto d'importanza, e non è più da far meraviglia se in considerazione anche della maggiore fiducia, che meritava l'amministrazione legale dei genitori, il legislatore non abbia reputato necessario d'imporre anche per questi beni l'obbligo dell'inventario.

Quanto all'obbligo della cauzione imposto al tutore (art. 292 cod. civ.) tutti sono d'accordo nel ritenerlo non estensibile al genitore che eserciti l'amministrazione legale

sui beni del figlio (1). E qui veramente gli argomenti abbondano tanto da non lasciare il menomo dubbio. Il tutore stesso è esente dall'obbligo di dare cauzione, quando sia l'avo paterno o materno (art. 292 cod. civ.); molto più dunque se sia il padre o la madre. Per disposizione espressa dell'art. 497 cod. civ. " il padre e la madre, *che hanno* " *l'usufrutto legale* dei beni dei loro figli . . . *non sono ob-* " *bligati a dare cauzione* ". Tanto più dunque devono essi andarne esenti quando non abbiano l'usufrutto, ma la semplice amministrazione di quei beni. In fine la cauzione dovuta dal tutore si concreta nell'*ipoteca legale* sui di lui beni, quando egli non preferisca di dar la cauzione in altro modo (d. art. 292, § 3, cod. civ.); e l'ipoteca legale è stabilita secondo l'art. 1969, n. 3, *sui beni del tutore* e non su quelli del genitore esercente l'amministrazione legale dei beni del figlio. Intorno a ciò non è dunque possibile una contestazione.

Tutti consentono parimente nella massima che sia inapplicabile all'amministrazione legale del genitore la disposizione colla quale il codice Francese, imitato in ciò anche dal nostro, ordina al tutore di far vendere ai pubblici incanti, entro un breve termine dopo la formazione dell'inventario, i mobili del minore, a meno che sia autorizzato dal consiglio di famiglia a conservarli in tutto od in parte (art. 290 cod. civ.) (2). Ed anche questa massima non può infatti essere seriamente contraddetta, neppure rispetto ai mobili dei quali il genitore non abbia l'usufrutto — chè allora è troppo evidente non potergliene essere imposta la vendita — ma ne abbia soltanto la semplice amministrazione. La legge nell'art. 290 ha stabilita, per regola, come obbligatoria la vendita dei mobili del minore; perchè nella generalità dei casi è d'interesse di lui ed è conforme ad una

---

(1) V. Marcadé, t. II, n. 147; Demolombe, t. VI, n. 420; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 9; Laurent, t. IV, n. 308; Borsari, Buniva, Pacifici-Mazzoni, l. c.

(2) V. Demolombe, t. VI, n. 436; Aubry et Rau, t. I, § 123. n. 21; Laurent, t. IV, n. 311; Borsari, l. c., pag. 817.

buona amministrazione il convertire in valori fruttiferi quei beni, che non solo non producono rendita, ma sono anche soggetti a diminuzione di valore. Siccome però per circostanze speciali può essere diversamente, così la legge stessa è stata sollecita a provvedere per ogni caso all'interesse del minore, dando facoltà al *consiglio di famiglia* di autorizzare il tutore a conservare i mobili in tutto od in parte. Ora ciò non potrebbe avere applicazione nella patria potestà, colla quale abbiam veduto non coesistere la costituzione permanente d'un consiglio di famiglia. E tolto questo temperamento adottato per la tutela, non è certamente ammissibile che la legge abbia voluto ad ogni costo, e senza possibilità di eccettuare alcun caso, costringere il genitore a vendere tutti i mobili dei quali ha l'amministrazione legale. D'altra parte una tale obbligazione non potrebbe sorgere che da una disposizione espressa della legge; la quale all'opposto, tacendo affatto intorno a questo punto, ha dimostrato come quella deliberazione circa l'opportunità di conservare in tutto o in parte i mobili del minore, che nei casi di tutela è attribuita al consiglio di famiglia, qui invece sia riservata al genitore stesso che esercita la patria potestà. Ed egli potrà pertanto conservare, se lo creda opportuno, i mobili del figliuol suo da lui amministrati; o potrà a libera sua elezione venderli tutti o in parte, salvo l'obbligo di osservare nell'alienazione quelle forme abilitanti di cui si parlerà più oltre.

Così la regola che abbiamo dapprima stabilita in teoria generale, studiata poi nelle varie applicazioni possibili, non è rimasta che sempre più raffermata; e possiamo ormai ritenere senza esitanza nè limitazione alcuna il principio, che le guarentigie stabilite dalla legge per l'amministrazione tutoria non sono applicabili all'amministrazione legale esercitata in virtù della patria potestà.

182. Il principio, che vedemmo stabilito nel nostro codice, di una perfetta distinzione tra la patria potestà e

la tutela, e del completo ordinamento di quella con un sistema di norme sue particolari, dovrebbe anche bastarci per risolvere un altro quesito, riguardante la persona, a cui, come esercente la patria potestà o la tutela, è affidata l'amministrazione legale dei beni del minore. Si chiede: le regole stabilite dalla legge circa le cause d'incapacità, di esclusione, di rimozione e di dispensa relative alla tutela, possono essere applicabili eziandio all'ufficio di amministratore legale in virtù della patria potestà? La risposta non dovrebbe essere dubbia. Poichè queste cause d'incapacità, di esclusione, di rimozione, di scusa, sono stabilite soltanto per la tutela e non n'è fatta parola alcuna nel titolo della patria potestà, nel quale pure si contengono tutte le norme con cui il legislator nostro volle regolata in ogni sua parte la patria potestà medesima, è chiaro dunque che quelle cause non possono per essa avere applicazione alcuna. E questa tesi è stata ampiamente dimostrata da uno dei commentatori del codice nostro (1).

Tra gli scrittori francesi — sempre in conseguenza dell'essersi quel codice limitato a riconoscere nel padre, durante il matrimonio, la qualità di amministratore dei beni personali dei suoi figli minori, senza poi dettare nessuna altra regola intorno a tale amministrazione — vi fu chi opinò doversi " per induzione di analogia, trasferire all'am-" ministrazione legale le regole ammesse in materia di " dispensa, d'incapacità, di esclusione e destituzione dalla " tutela „ (2). Prevalse però, come doveva, la dottrina contraria (3). Ed invero, anche indipendentemente dall'argomento decisivo che offre la legislazione nostra, per avere provveduto ad ordinare la patria potestà con un sistema completo di regole, tra le quali non vi è neppur cenno di cause d'incapacità, di esclusione, di rimozione,

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, § 519, pag. 817.
(2) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. VII, pag. 283, n^a^ (*a*), IV.
(3) V. Demolombe, t. VI, n. 430; Aubry et Rau, t. I, § 123, n. 10; Laurent, t. IV, n. 301.

di scusa; è pur facile il persuadersi che manca ogni fondamento della pretesa analogia tra la patria potestà e la tutela, per render comuni a quella le massime relative a questa. Si troverà certamente, più che analogia, identità tra queste due specie di amministrazione, se si considerano in rapporto al loro oggetto, consistente nella gestione dei beni del minore non emancipato, per supplire all'incapacità civile in cui egli si trova costituito. Ma se si considera invece la persona a cui l'amministrazione è affidata — ed è veramente questa che devesi avere in vista trattandosi delle cause d'incapacità, esclusione, rimozione e dispensa dall'ufficio di amministratore — è chiaro non potersi istituire parità nel confronto tra la tutela, a cui sono spesso chiamate persone estranee, e la patria potestà spettante al genitore del minorenne. Non è ammissibile il paragone, nè quanto alla fiducia che possa meritare la persona per ragione del presunto suo affetto verso l'amministrato, nè quanto agli obblighi che la legano verso quest'ultimo, i quali sono puramente civili nel tutore, naturali e civili insieme nel padre di famiglia. Prendiamo a considerare specialmente ciascuna delle *cause d'incapacità, d'esclusione e rimozione dagli uffizi tutelari*. Ne vediamo alcune, le quali fondandosi semplicemente sulla presunta incapacità a tali uffizi, impediscono di assumerli, o ne fanno cessare l'esercizio se già fu intrapreso (art. 268 cod. civ.), altre che si fondano sulla *indegnità* della persona, e fanno luogo a suo carico alla esclusione o rimozione dagli uffizi medesimi (art. 269, 270 cod. civ.). Vi sarebbe forse in tutto ciò ragione sufficiente per cui potesse pareggiarsi, nell'applicazione di queste disposizioni di legge, il genitore esercente la patria potestà al tutore? Nella prima delle accennate categorie di cause troviamo in primo luogo dichiarate incapaci alla tutela *le donne, eccettuate però le ascendenti;* nè vi è bisogno di dire che qui non vi ha nulla di applicabile alla patria potestà, il cui godimento appartiene, come vedemmo, sì al padre che alla madre; e quando anche l'esercizio ne passi a

quest'ultima, esso è completo in tutti i suoi attributi, compreso quindi anche quello dell'amministrazione, salve le speciali limitazioni di cui la legge ammette la possibilità negli articoli 235, 237, 238 cod. civ. — Sono poi indicati come incapaci *coloro che non abbiano la libera amministrazione del proprio patrimonio;* e questa sarebbe circostanza, che, come dimostrammo superiormente, potrebbe costituire un impedimento di diritto all'esercizio della patria potestà, e dar luogo perciò al trasferimento di questo esercizio alla madre, od altrimenti ad una tutela temporanea (1); ma non potrebbe certamente produrre la cessazione della patria potestà, come farebbe finire la tutela nella persona che da tale incapacità fosse colpita, per la ragione evidente che non si può cancellare la qualità di genitore, come si sopprime quella di tutore trasmettendone l'ufficio ad altra persona. — In fine è pronunciata ancora l'incapacità contro *tutti quelli che abbiano o siano per avere, o dei quali il padre, la madre, i discendenti od il coniuge abbiano o siano per avere col minore una lite, in cui si trovi messo in pericolo lo stato del minore od una parte notabile delle sue sostanze.* Ora sarebbe possibile parificare in questo particolare al tutore il padre di famiglia? Sarebbe ragionevole estendere anche a quest'ultimo quei sospetti di abuso che fecero dettare contro il primo la disposizione dell'art. 268, n. 3°? E quand'anche, non sarebbe tanto più grave il privare il genitore dell'esercizio d'una parte importante degli attributi di sua patria potestà, che l'allontanare un estraneo dall'uffizio di tutore?

Nell'altra categoria di cause, contemplate negli art. 269 e 270, troviamo accennate alcune condanne penali. Vi sono condanne che per disposizioni espresse di leggi speciali traggon seco la perdita assoluta della patria potestà; ve ne sono altre, le quali, producendo l'interdizione legale del condannato, gli rendono per conseguenza impossibile tem-

---

(1) V. sopra, n. 155, pag. 332-334.

poraneamente l'esercizio anche dell'amministrazione legale dei beni del figlio, e in tal caso sappiamo già quali provvedimenti debbono adottarsi (1). Ma fuori di questi casi, il pareggiare al tutore il padre di famiglia, ritenendo lui pure rimovibile dall'esercizio della patria potestà per le condanne enumerate nell'art. 269 cod. civ., sarebbe quanto estendere gli effetti accessori della pena, il che costituirebbe un evidente arbitrio, una violazione dei più elementari principii di diritto. — Sono pure esclusi o rimossi dalla tutela i *falliti non riabilitati* (art. 269, n. 4°, cod. civ.). E sta bene che a chi si trovi in tale posizione si neghi la fiducia che sarebbe necessaria per rivestirlo d'un pubblico ufficio, qual'è la tutela, che con maggior sicurezza per l'interesse del minore può essere affidato ad altra persona. Ma può dirsi esattamente altrettanto della patria potestà spettante al genitore? Non sarebbe forse immensamente più grave il privare lui pure, per la medesima causa, di un diritto che gli compete per legge di natura e che è consacrato dalla legge civile? E quand'anche vi fosse ragione sufficiente per farlo, è forse ammissibile l'infliggere la privazione d'un tale diritto senza potersi appoggiare ad un testo della legge stessa, che lo dichiari?

In ultimo è pure ordinato doversi escludere o rimuovere dalla tutela " le persone di notoria cattiva condotta, e " quelle notoriamente incapaci di amministrare, o di pro- " vata infedeltà o trascuratezza, o colpevoli di abuso di " autorità nell'esercizio della tutela „ (art. 269, n. 3°, codice civile).

Sovra una disposizione simile dell'art. 444 del codice Francese era sôrta questione, se essa fosse applicabile all'amministrazione legale del padre. E il maggior numero degli autori opinava per l'affermativa, considerando che non vi fosse altra via per poter salvare il figlio dalle malversazioni del padre, per dare sanzione efficace all'obbligo

(1) V. sopra, n[i] 151, 159, pag. 326, 340 e seg.

che questi ha di amministrare da buon padre di famiglia (1). Ma sorgeva poi una grave differenza di opinioni allorchè si trattava di stabilire le norme particolari per l'applicazione di questa massima. Chi sosteneva che il pronunciare sulla destituzione del padre spettasse al consiglio di famiglia, e chi al tribunale. Chi diceva che il promuovere questo provvedimento dovesse appartenere ai parenti, e chi al ministero pubblico. Una opinione più recente, e forse meglio fondata rispetto al diritto francese, che non aveva disposizioni testuali in proposito, negava potersi neppur qui argomentare per analogia; e pur convenendo che sarebbe stata desiderabile per l'interesse dei figli soggetti a patria potestà una disposizione simile a quella dell'articolo 444 per la tutela, diceva non potersi senza arbitrio supplire colla interpretazione alla mancanza del testo (2). A noi però non manca un testo che provveda ad un punto così importante. Gli abusi di autorità, le malversazioni, le infedeltà, la trascuratezza, la stessa incapacità dimostrata nell'amministrazione, che secondo l'art. 269, n. 3°, possono dar luogo alla rimozione dalla tutela, nella patria potestà aprirebber l'adito ai provvedimenti indicati nell'art. 233 cod. civ. e rimessi alla prudenza del *tribunale;* che delibererebbe *sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del pubblico ministero*. Così ogni difficoltà insorta nel diritto francese su questo argomento è troncata nel codice nostro. Solo è da avvertire che non si tratterebbe di una vera ed assoluta privazione della patria potestà, come ha luogo l'esclusione o rimozione dalla tutela nei casi previsti nell'art. 269, n. 3°. I provvedimenti ammessi dall'art. 233, come dimostreremo nel commentarlo, non sono mai che parziali, e lasciano sussistere sempre la patria potestà, all'esercizio dei cui attributi apportano soltanto qualche limitazione; la

---

(1) V. Valette sur Proudhon, l. c.; Marcadé, art. 389, § V, t. II, n. 151; Demolombe, t. VI, n. 424-427; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 12, 13.

(2) V. Laurent, t. IV, n. 321, pag. 421-422.

quale inoltre non acquista un carattere definitivo, ma può ancora andar soggetta a rivocazione od a modificazioni.

Passando a parlare delle *cause di dispensa dall'ufficio di tutela*, non abbiamo bisogno di scendere ad un esame particolare di ciascuna di esse, per dimostrare che manchi l'analogia, sul fondamento della quale sia lecito estenderle all'amministrazione legale di patria potestà. È troppo evidente per sè non esservi paragone possibile tra l'obbligo puramente civile dell'ufficio di tutore — a cui si può esser chiamato a profitto anche d'un estraneo, e dal quale si può essere dispensato per certe cause dalla legge determinate — e l'obbligazione naturale e civile di amministrare i beni dei proprii figli incapaci per minore età, obbligazione che fa parte integrante dei doveri della patria potestà, e da cui nessun testo ammette che si possa per qualsivoglia causa scusarsi. Noteremo soltanto che un celebre autore ha insegnato " potere i giudici dispensare il padre dall'ammini-" strazione legale, qualora riconoscano che questo sia " divenuto per lui un ufficio troppo grave e penoso, come " se, per esempio, egli fosse colpito d'una infermità grave " e debitamente comprovata " (1). Questa opinione fu però respinta da altri per le seguenti ragioni: " La legge " — si disse — impone al padre un dovere; questo do-" vere, niuno lo contesta, è una conseguenza naturale " dell'autorità stessa del padre sulla persona del figlio; " esso è dunque un attributo della patria potestà. E il giu-" dice avrebbe il diritto di liberare il padre da un dovere " legale senza un testo che ve lo autorizzasse? I tribunali " potrebbero dunque disfare ciò che ha fatto il legislatore! " Essi potrebbero, con uguale diritto, dispensare il padre " dal suo dovere di educazione! Non vi ha più limite nella " inconseguenza, dal momento che si abbandona il rigore " dei principii " (2). Nel diritto nostro reputiamo confer-

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 430.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 301, pag. 401.

mata quest'ultima opinione dall'articolo 233 del codice; col quale si è inteso di provvedere a tutto quanto possa occorrere nell'interesse del figlio per riparare a qualunque inconveniente si manifesti nell'esercizio della patria potestà. Se l'amministrazione legale da questa dipendente sia male esercitata dal genitore, ancorchè ciò avvenga per cause incolpevoli da parte di lui, il tribunale, sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini ed anche del pubblico ministero, potrà dare quei provvedimenti che reputi più opportuni ed anche *nominare un curatore ai beni del figlio*. Ma se niun danno si manifesti per lui dall'amministrazione legale esercitata dal genitore, non potrà mai quest'ultimo, per nessuna causa quanto si voglia grave, chiedere ed ottenere di essere dispensato da obblighi tanto sacri, quali son quelli derivanti dalla patria potestà. Non lo potrà; perchè la legge, che sanziona a carico di lui quell'obbligazione naturale, non lo ammette a potersene per qualsivoglia motivo scusare; e di non ammettervelo ha ottime ragioni, sia per la natura e l'importanza del dovere da cui si vorrebbe esimere, sia perchè troppo pericoloso potrebbe divenire l'aprir l'adito a tali concessioni.

Da quanto abbiamo dimostrato finora possiam dunque ritenere confermata sicuramente la massima enunciata in principio di questo numero: che nessuna delle cause di incapacità, di esclusione, di rimozione e di dispensa dagli uffizi tutelari possa mai essere applicata per analogia all'uffizio di amministratore legale dei beni del figlio soggetto a patria potestà.

183. Ci resta da esaminare quali conseguenze debba produrre la distinzione tra la tutela e l'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà, per rispetto all'esercizio stesso di tale amministrazione, agli atti particolari che la concernono.

Anche in questa parte derivava molta incertezza nella dottrina francese, dall'assenza completa in quel codice di

ogni norma speciale relativa a quest'amministrazione legale. Da principio le si ritenne applicabile senza limitazioni tutto l'ordinamento stabilito dalla legge per l'esercizio dell'amministrazione tutelare. La differenza, dicevasi, consistere veramente soltanto nella persona a cui l'amministrazione è affidata; ma la missione esser sempre la stessa, di tutelare gl'interessi pecuniari del minore, rappresentandolo negli atti occorrenti per lui e amministrandone il patrimonio; non esservi dunque ragione di regolare diversamente l'esercizio di questa missione, e il legislatore aver dimostrato d'esserne convinto col silenzio stesso da lui tenuto circa l'amministrazione legale paterna, silenzio che sarebbe stato veramente inesplicabile se non vi fosse stata l'intenzione di applicare a quest'amministrazione tutte le regole tracciate per la gestione del tutore. In seguito però si riconobbe che la differenza nella qualità della persona, a cui la legge affidava l'amministrazione dei beni del minore, non poteva mancare di una notevole influenza sulle cautele che la legge medesima avesse a determinare come necessarie per guarentire l'interesse del minore nell'esercizio dell'amministrazione tenuta per lui; e si venne così a stabilire che non tutte le norme della tutela fossero da applicarsi all'amministrazione legale del padre, ma si dovesse ammettere per questa qualche maggiore larghezza. Con ciò però si affrontava una grave difficoltà. Quali erano i limiti entro cui questa massima dovesse applicarsi? Fino a qual punto doveansi seguire le regole della tutela e quando scostarsene? Mancavano intorno a ciò criteri positivi pel difetto della legge. Fu fatto qualche lodevole tentativo per fissare almeno un principio che servisse di guida, e si disse: che “ le disposizioni dalle quali è governata la “ tutela propriamente detta, considerata soprattutto come “ tutela, non sarebbero applicabili all'amministrazione “ legale.

“ Al contrario le disposizioni, che sebbene scritte nel “ titolo *della tutela* non hanno precisamente nulla di speciale

" ed eccezionale, ma sono piuttosto regole generali, di " diritto comune, di cui ragionevolmente dee farsi appli- " cazione ad ogni amministrazione simile, dovranno pure " applicarsi per analogia, e secondo la presunta intenzione " del legislatore, all'amministrazione legale „ (1).

Come si vede, era una norma questa ben poco determinata, e da cui non potevasi attendere che scarsissimo aiuto per le applicazioni pratiche. In sostanza tutto si riduceva a riferirsi all'analogia, che potesse esservi tra i rapporti regolati con certe disposizioni nella tutela, e quelli dell'amministrazione legale paterna; e il fondo del sistema non era guari diverso da quello che altri seguivano, stabilendo più decisamente la massima che " i poteri del padre am- " ministratore fossero, in generale, nè più nè meno estesi " di quelli del tutore „ e solo dovessero ammettersi eccezioni per quei casi nei quali si presentassero motivi speciali di differenza tra l'una e l'altra amministrazione, sicchè le norme della tutela non potessero ragionevolmente applicarsi alla patria potestà (2).

Una teoria molto più risoluta, e a veder nostro più accettabile, fu professata più recentemente. È troppa, si disse, la differenza tra l'amministrazione tutoria e la paterna per poter ammettere che si estendano a questa le regole dèttate dalla legge per l'altra. Il testo ci dice che il padre è *l'amministratore* dei beni dei suoi figliuoli. Egli dunque deve avere *i diritti e le obbligazioni che sono comuni a qualunque amministratore del patrimonio altrui* (3).

Neppure tra gli espositori del nostro codice troviamo accordo d'idee intorno a questo punto importante. V'è chi insegna che " il padre, pel diritto che gli compete di am- " ministrare i beni de' figli, *può fare tutti gli atti che non* " *gli sono proibiti* „ (4). Quasichè si trattasse qui di *capa-*

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 417.
(2) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 28.
(3) V. Laurent, t. IV, n. 303, pag. 403.
(4) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 547, pag. 376.

cità civile delle persone, per la quale appunto sta la regola che è lecito fare tutto ciò che dalla legge non sia vietato! Ma si tratta invece d'un *mandato legale ad amministrare* per altri: il quale mandato non può dunque comprendere altre facoltà se non quelle che siano determinate dalla legge stessa che lo conferisce. Ond'è che dovrebbesi piuttosto ritenere la massima contraria, non potere il padre, quale amministratore dei beni dei figli, fare altri atti che quelli espressamente permessi a lui dalla legge.

Secondo il *Borsari* " sul terreno dell'amministrazione " reale ed effettiva non possiamo seguire regole diverse " da quelle che sono determinate per la tutela, in quelle " parti ove non si trovino modificate o dove qualche ragione " propria, e direi personale, non militi a favore dei geni- " tori „ (1). È in sostanza l'opinione professata dalla maggioranza degli autori francesi, che il nostro autore ci ripresenta con qualche contorno più marcato, rilevando la necessità di applicare in generale all'amministrazione legale di patria potestà le regole tutte determinate dalla legge per la tutela, e limitando le eccezioni ai soli casi di dichiarazione espressa contenuta negli articoli del codice riguardanti la patria potestà, o di evidente incompatibilità delle regole della tutela colla diversa condizione personale del genitore in confronto di quella del tutore.

Ora, se ci parve giustificata, anche secondo il diritto francese, l'opinione del *Laurent* contraria a quella del più grande numero degli altri autori, a maggior ragione crediamo doversi respingere la teoria ancora più accentuata, che insegna il *Borsari*, pel codice nostro. Il quale se non si è limitato, come il Francese, a dettare il principio fondamentale che il padre sia l'amministratore legale dei beni dei figli soggetti alla sua potestà, ma si è occupato di regolare con espresse e speciali disposizioni tutti i principali rapporti di codesta amministrazione, non lo ha fatto cer-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, § 520, pag. 819.

tamente coll'intenzione di riferirsi alle regole della tutela; al che sarebbe bastato un semplicissimo cenno generale. Innovando così ai codici precedenti, il legislatore italiano ha dimostrato di comprendere la profondità della distinzione, che razionalmente doveva farsi tra l'amministrazione legale e la tutelare, e di voler mantenere quella distinzione in tutto il suo rigore. Nell'art. 224 è poi stata posta una massima fondamentale, che spiega tutto l'intendimento del legislatore, e certamente dispensa dal dover ricorrere per analogia alle norme particolari d'altra amministrazione legale tanto differente, quanto è quella della tutela. Da quell'articolo risulta che nessuno degli *atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione* può farsi dal padre amministratore legale dei beni del figlio, se non *per causa di necessità o di utilità evidente del figlio stesso, e mediante autorizzazione del tribunale civile.* Solo per la *riscossione dei capitali* e per la *vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento*, è ritenuta sufficiente, a norma del successivo articolo 225, *l'autorizzazione del pretore.* Da ciò segue dunque che per tutto quanto riguarda la *semplice amministrazione ordinaria* è lasciata piena e libera facoltà al padre, quale amministratore dei beni del figlio; e per tutti gli atti eccedenti l'amministrazione sono richieste forme abilitanti speciali e diverse da quelle ordinate per la tutela, Dopo ciò, come può sostenersi che alle regole della tutela si debba ricorrere per l'amministrazione paterna? Dobbiam dire piuttosto che per ogni atto di amministrazione semplice è consacrata dal nostro codice la teoria insegnata dal *Laurent*, che, cioè, il padre abbia tutti i diritti e tutte le obbligazioni che sono proprie di qualunque ordinario amministratore; e per tutti gli atti di disposizione debbono seguirsi quelle forme abilitanti speciali che gli art. 224 e 225 stabiliscono, non considerando punto quelle affatto diverse, che per simili atti sono prescritte nell'amministrazione tutelare. Certo non è a dire per ciò che alle regole della tutela non possa in nessun caso ricorrersi utilmente; ma

sarà solo per quelle fra tali regole le quali possano riguardarsi come puramente esplicative e di applicazione dei principii comuni e fondamentali circa la semplice amministrazione dei beni altrui.

184. Determinato così, sotto un aspetto generale, di quale natura siano le norme da cui è retta l'amministrazione legale dei beni del figlio soggetto a patria potestà, è da richiamare un principio che dimostrammo come fondamentale per tutti generalmente gli attributi della patria potestà medesima; che, cioè, appartenendo essi eminentemente all'ordine pubblico, non possono ammettere derogazione per nessuna convenzione o disposizione privata (1). Nè sembrerebbe potersi dubitare che anche l'amministrazione legale dei beni del figlio essendo incontestabilmente fra gli attributi della patria potestà, dovesse essa pure andar soggetta all'applicazione del medesimo principio fondamentale. Eppure di ciò si è fatto e si fa oggetto d'una delle più dibattute controversie, disputandone principalmente in rapporto alla efficacia della clausola apposta alle donazioni od ai legati fatti in favore d'un minorenne stabilendo che il genitore, alla cui patria potestà egli sia sottoposto, non abbia ad amministrare i beni formanti oggetto della liberalità. Su quest'ultimo punto particolare il nostro codice ha veramente una disposizione colla quale scioglie in parte la difficoltà, dichiarando, conformemente alla massima ammessa in diritto romano (Nov. 117, cap. I) che “ chiunque istituisce erede un minore, può nominargli un “ curatore speciale per la sola amministrazione delle so- “ stanze che gli trasmette, *sebbene il minore sia sotto la patria potestà* „ (art. 247 cod. civ.). Tuttavia la specialità di questa disposizione, la quale contempla unicamente il caso in cui sia apposta ad una *istituzione d'erede* la clausola, che privi il genitore esercente la patria potestà dell'amministrazione

---

(1) V. sopra, n. 149, pag. 324.

delle sostanze ereditarie disposte in favore del figlio, non toglie interesse alla questione sulla efficacia delle disposizioni colle quali sia interdetta al genitore l'amministrazione dei beni legati o donati al figlio soggetto a patria potestà; e molto meno può togliere interesse al quesito, più generale ancora, se possa essere efficace una qualunque altra convenzione o disposizione, con cui si pretendesse derogare alle regole concernenti l'amministrazione legale del genitore.

Molti ed insigni giureconsulti professarono la massima che non potesse riguardarsi assolutamente come inammissibile la clausola, con cui si derogasse alle leggi concernenti l'amministrazione legale paterna, e specialmente la condizione, apposta ad una donazione o ad un legato in favore di figli minori, per la quale il genitore non dovesse amministrare i beni formanti oggetto di tali liberalità.

Argomentavano essi dalla citata disposizione del diritto romano. Dicevano che l'amministrazione legale dei beni del figlio non fosse un *attributo essenziale* della patria potestà come lo sarebbe il *diritto di educazione*. Soggiungevano che la clausola per la quale fosse privato il padre di quell'amministrazione non potesse riguardarsi come *contraria all'ordine pubblico*, se non quando fosse opposta al vero interesse del figlio, ed ispirata dal solo intento di fare ingiuria al padre e d'indebolirne l'autorità. Conchiudendo, cambiavano la questione di diritto in *questione di fatto;* dicendo che la clausola predetta dovesse ritenersi inammissibile se dall'atto stesso o da circostanze estrinseche risultasse provato ch'essa non fosse che una disposizione data per isfogo di risentimento, d'odio, di sprezzo contro il padre, e non per ragionevole cautela nell'interesse del figlio; ma all'opposto dovesse essere mantenuta quando nulla essendo provato di tutto ciò, fosse da presumersi dettata quella disposizione da spirito di onesto interessamento pel figlio, nell'intento di assicurargli i vantaggi della liberalità fatta in suo favore, e per diffidenza fondatamente

concepita dal testatore o donante circa la capacità ad amministrare, la diligenza, la prudenza e la solvibilità del padre (1).

Gravissime sono però anche le autorità che stanno per l'opposta opinione (2); e più di tutto ci sembra questa appoggiata a migliori ragioni.

Innanzi tutto, la distinzione che si pretende d'introdurre tra alcuni attributi della patria potestà ed altri, affermando che quello consistente nell'amministrazione dei beni del figlio non sia *essenziale* — come lo è il diritto di educazione — ma solo *connaturale* alla patria potestà stessa; questa distinzione è tutt'altro che esatta, come osservano egregiamente il *Marcadé* ed il *Laurent* ne' luoghi ora citati. Tutti gli attributi, tutti gli effetti della patria potestà, stabiliti dalla legge *nell'interesse del figlio minore di età*, sono ugualmente *essenziali*, tutti sono indubbiamente *d'ordine pubblico*. È di essenza della patria potestà, conformemente al diritto stesso di natura, che il padre eserciti la protezione, a cui è tenuto verso il figlio, governandone i beni che egli è incapace a reggere, come tutelandone la persona, educandolo, istruendolo. Se vi è un attributo della patria potestà che possa dirsi non *essenziale*, è quello soltanto dell'*usufrutto legale*, perchè introdotto dalla legge non per l'interesse del figlio, ma per quello soltanto del genitore. Per giustificare questa pretesa semplice connaturalità del diritto di amministrazione legale, si osserva che il padre può esserne qualche volta privato. E ciò è vero in teoria, era ammesso generalmente nella dottrina francese, ed è stato consacrato espressamente nel nostro codice colla disposizione dell'art. 233, che in caso di abuso della patria

---

(1) V. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n. 240-249; Chardon, *Traité des trois puissances*, p. II, n. 135; Duranton, t. III, n. 375, 2, n. 8; Valette sur Proudhon, t. II, chap. VII, pag. 283, n. (*a*), IV; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 15; Demolombe, t. VI, n. 458.

(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Puissance paternelle*, sect. V; Toullier et Duvergier, t. II, n. 1068, n. (2); Marcadé, art. 384, § VI, t. II, n. 152; Laurent, t. IV, n. 297-300.

potestà concede facoltà al tribunale di *nominare un curatore ai beni del figlio*. Ma in simil caso di abuso della patria potestà, non era forse ritenuto ugualmente dai giureconsulti francesi, e non è dichiarato nello stesso nostro articolo 233, che il tribunale può anche *nominare un tutore alla persona del figlio?* Non dovremmo dunque conchiuderne per uguale ragione che *non fosse essenziale alla patria potestà il diritto di educare il figlio*, e che a tale diritto potesse derogarsi per convenzione o disposizione privata? Eppure niuno oserebbe certamente di proclamare una tal massima. Il vero è dunque che il diritto di amministrazione legale è essenziale alla patria potestà come tutti gli altri attributi di essa, stabiliti dalla legge nell'interesse del figlio; che tutti questi attributi sono ugualmente piuttosto doveri che diritti, appartengono indistintamente all'*ordine pubblico*, e come tali non possono soffrire derogazione per convenzione o disposizione privata, se non in quanto lo permetta la legge stessa che li ha istituiti e ne regola tutte le applicazioni. Ciò stesso risponde all'altro argomento, che si vorrebbe dedurre dal considerare come talvolta possa essere conforme al vero interesse del figlio il privare il padre dell'amministrazione, ch'egli lasci temere di esercitare infedelmente o insipientemente. Questo può essere; ma il permettere di derogare ad una legge d'ordine pubblico, per motivi quanto si voglia ragionevoli, e il determinarne le condizioni ed i modi, non è proprio che della legge stessa; non dell'interprete, il quale ammettendo quella derogazione e fissandone i limiti farebbe egli stesso la legge. Il legislatore ha ammesso infatti che possa essere tolta al padre l'amministrazione di cui egli si mostri incapace o indegno, ma ha voluto che ciò avvenga per autorità di giustizia, nei casi e nei modi contemplati dall'art. 233. Ha ammesso ancora che per effetto di privata disposizione possa essere inibita al padre l'amministrazione di certi beni; ma ciò pel solo caso che il disponente abbia *istituito erede* il figlio minorenne, e

limitatamente alle sostanze ereditarie trasmessegli (art. 247 cod. civile).

Da ciò è facile scorgere quale sia l'utilità che intendiamo di poter ricavare da tutta questa discussione. Secondo noi non potrebbe derogarsi al diritto di amministrazione legale, spettante al genitore che esercita la patria potestà, se non dall'autorità giudiziaria nei casi previsti nell'art. 233, o per disposizione privata nel caso speciale determinato dall'articolo 247. Quest'ultima disposizione poi, siccome eccezionale e permettente la derogazione ad una regola generale d'ordine pubblico, dovrebb'essere interpretata ed applicata col più stretto rigore; cosicchè alle donazioni od ai legati, a differenza delle istituzioni d'erede, non potrebbesi apporre la clausola che privasse il padre dell'amministrazione dei beni formanti oggetto della liberalità a favore del figlio; nè poi verun'altra specie di derogazione sarebbe ammissibile, contro il diritto di amministrazione legale appartenente al genitore, fuor di questa espressamente e tassativamente permessa dalla legge (1).

185. Da questi principii fondamentali, che abbiamo reputato necessario premettere, discenderemo ora allo studio delle regole speciali, colle quali il nostro codice ha ordinato il sistema dell'amministrazione legale, che ha attribuita al genitore esercente la patria potestà. E dopo che ci saremo occupati di quanto concerne l'esercizio dell'amministrazione predetta, tratteremo separatamente della nullità degli atti che fossero fatti in contravvenzione alle regole suaccennate; e parleremo da ultimo delle cause per le quali l'amministrazione medesima può cessare e del rendimento dei conti a cui il genitore è tenuto.

---

(1) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 165-166.

A) *Dell'esercizio dell'amministrazione legale, sui beni del figlio soggetto a patria potestà.*

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 186. Diversità dei principii fondamentali, da cui dev'essere regolato l'esercizio dell'amministrazione legale sui beni del figlio soggetto a patria potestà, secondochè di questi beni appartenga o no l'usufrutto al genitore. — 187. Se ed a quali condizioni possa il genitore farsi coadiuvare nell'amministrazione da una o più persone stipendiate. — 188. Se debbano prendersi cautele speciali pei valori in numerario o in carte al portatore e per gli oggetti preziosi, che si trovino nel patrimonio del minore. — 189. Se trovandosi nel patrimonio del minore titoli al portatore, sia necessario farli iscrivere al nome del minore stesso. — 190. Del caso in cui si trovino nel patrimonio del minore stabilimenti di commercio o d'industria. — 191. Se il genitore possa accettare la cessione di ragioni o crediti verso il figlio soggetto alla sua potestà, o prenderne in affitto i beni. — 192. Partizione della materia.

186. Accennammo altra volta all'influenza necessaria che sull'amministrazione legale dei beni del figlio soggetto a patria potestà devesi attribuire all'usufrutto che la legge concede su alcuni di quei beni al genitore; perciocchè di essi appartenga il possesso e l'amministrazione al genitore, non tanto come rappresentante del figlio, quanto per diritto proprio, in virtù appunto del titolo dell'usufrutto legale che gli spetta. E nondimeno osservammo come non si confondano veramente nel genitore, esercente la patria potestà, le due qualità sopra notate di usufruttuario e di amministratore legale; ma l'una rimanga sempre distinta dall'altra, e possa quindi anche avere speciali effetti giuridici (1). Volendo ora dunque stabilire in proposito qualche massima più concreta, che valga anche per le applicazioni pratiche occorrenti nell'esercizio dell'amministrazione, possiamo dire che rispetto ai beni del figlio, assoggettati dalla legge all'usufrutto di patria potestà, il genitore da cui questa è esercitata non ha solo i poteri di amministratore legale, quali sono stabiliti negli articoli 224, 225 codice

---

(1) V. sopra, n. 178, pag. 389.

civile, ma tutti quelli che secondo le norme generali concernenti l'usufrutto spettano all'usufruttuario sui beni formanti oggetto del suo diritto. Un esempio ne abbiam già dato nella facoltà che il padre ha certamente, nella sua qualità di usufruttuario, di *servirsi delle cose che si consumano per l'uso*, coll'obbligo di restituire al cessare dell'usufrutto cose di uguale qualità e quantità, ovvero, a sua scelta, pagarne il prezzo corrente al tempo di quella cessazione (art. 483 cod. civ.); mentre come semplice amministratore non potrebbe avere tale diritto, ed anche per l'alienazione che occorresse di fare di simili cose nell'interesse del figlio — quando non si trattasse di *frutti*, la cui vendita sarebbe compresa tra gli atti di semplice amministrazione ordinaria — dovrebbe adempiere le formalità abilitanti, che vedremo prescritte dall'articolo 225. Un altro esempio ancora ne porge il diritto, che anche il genitore avrebbe, in virtù della massima generale stabilita nell'articolo 492 cod. civ., di cedere ad altri per qual si fosse titolo oneroso o gratuito il proprio diritto, senza pregiudizio, s'intende, degli oneri inerenti all'usufrutto legale, giusta l'art. 230 cod. civ.: colla quale cessione il genitore trasmetterebbe dunque al cessionario anche i diritti di possedere ed amministrare i beni, per quanto tali diritti sono proprii dell'usufrutto, di cui questi beni formano oggetto, mentre non potrebbe certo pensarsi che il genitore avesse facoltà di trasferire ad altri il *diritto di amministrazione legale*, che costituisce per lui più propriamente un dovere che un diritto, e dipenda da' suoi rapporti di stato personale col figlio.

Siccome però anche pei beni soggetti all'usufrutto legale può verificarsi la necessità di compiere nell'interesse del figlio tali atti di gestione che non rientrino nelle obbligazioni e nei diritti del genitore nella qualità di usufruttuario, così tornerebbero applicabili per questi atti anche ai beni predetti le regole comuni dell'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà. E di questo pure accennammo

altrove un esempio nel caso di *riparazioni straordinarie*, delle quali si manifesti il bisogno nei beni usufruiti, e che *non siano state cagionate dall'ineseguimento delle ordinarie dopo cominciato l'usufrutto*. Come usufruttuario, il genitore non avrebbe veramente il diritto di far eseguire quelle riparazioni per conto ed a spese del proprietario; ma potrebbe solo eseguirle per conto proprio, salvo *d'essere rimborsato, senza interessi, del valore delle opere fatte, in quanto la loro utilità sussistesse ancora al tempo in cui cessasse l'usufrutto* (art. 502 cod. civ.). Ma in virtù dell'amministrazione legale si potrà provvedere a quelle riparazioni straordinarie con mezzi tratti dal rimanente patrimonio del figlio, salvo doversi addebitare il genitore durante l'usufrutto dell'interesse della somma a cui le spese di quelle riparazioni ammontino (art. 503 cod. civ.); e ritenuto inoltre che se per provvedere a tali spese si rendesse necessario procedere ad alienazioni, o contrarre mutui od altre obbligazioni eccedenti la semplice amministrazione, sarebbe indispensabile riportare l'autorizzazione del tribunale e far nominare al figlio un curatore speciale, pel conflitto d'interessi che si verificherebbe tra il figlio ed il padre, a norma dell'art. 224 codice civile.

Per questi atti adunque, relativi ai beni soggetti all'usufrutto legale, ma estranei alle obbligazioni ed ai poteri dell'usufruttuario, come pure per qualunque atto di gestione di beni non soggetti all'usufrutto paterno, saranno applicabili le norme comuni, che la legge ha stabilite per l'amministrazione dei beni del figlio sottoposto a patria potestà.

Ma qui pure essendo applicabile la distinzione che abbiamo dimostrato, tra questa specie di amministrazione legale e quella della tutela, dovremo trarne la conseguenza che come non valgono per l'amministrazione predetta le regole relative alle cautele prescritte nell'interesse dei tutelati, nè quelle concernenti le cause d'incapacità, di scusa, di esclusione e rimozione dei tutori, così neppur possano

seguirsi le massime particolarmente stabilite dalla legge per l'esercizio della tutela.

Nonostantechè però crediamo questo principio abbastanza fermamente stabilito in via di teorica generale, riputiamo ancora opportuno di cimentarlo alla prova delle applicazioni speciali che possono farsene; al che attenderemo nei successivi numeri.

187. Secondo l'art. 295, " il consiglio di famiglia, " se circostanze particolari lo richiedano, può autorizzare " il tutore a farsi coadiuvare nell'amministrazione, sotto " la sua responsabilità, da una o più persone stipendiate ".

A parte anche il principio fondamentale sopra ricordato, tratto dall'assoluta separazione delle regole concernenti l'amministrazione legale per patria potestà, da quelle della tutela, è anche evidente la inapplicabilità della citata disposizione, nei termini suoi, alla presente materia: poichè si tratta di una facoltà attribuita al consiglio di famiglia, che non è ammesso a fronte della patria potestà. Diremo per questo che il genitore che la eserciti non possa farsi coadiuvare nell'amministrazione da una o più persone stipendiate a carico delle rendite patrimoniali del figlio, neppur quando *particolari circostanze lo richiedano?* Non crediamo potersi pensarlo. Si tengano pure in gran conto i maggiori sacrifizi a cui è giusto sottomettere il padre verso il figlio, in confronto di quelli che si possono ragionevolmente imporre ad un tutore per l'ufficio pubblico e gratuito a cui egli è obbligato verso una persona che può essergli estranea. Ma pure anche pel genitore possono talvolta verificarsi *particolari circostanze*, le quali richiedano e pei debiti riguardi a lui, e per l'interesse ancora del figlio stesso, di permettere che il genitore predetto si faccia coadiuvare nell'amministrazione da persone stipendiate. Trattisi, per esempio, di un ricco patrimonio lasciato per testamento al figlio colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto; e in quel patrimonio sieno complicati affari

importanti, pei quali il genitore non avrebbe capacità sufficiente; e per bene amministrarli sia necessaria una contabilità faticosa e difficile. Dovrà il genitore sostenere del proprio le spese occorrenti per procurarsi nell'amministrare gli aiuti che gli sono indispensabili? Ciò non pare ammissibile. Ma non essendovi il consiglio di famiglia, che possa prestare l'autorizzazione, come si farebbe pel tutore, secondo l'art. 295, si dovrà dunque ricorrere invece all'*autorizzazione del tribunale?* Neppur questo crediamo; perchè a termini dell'art. 224 è solo *per ciò che ecceda i limiti della semplice amministrazione* che una tale autorizzazione è richiesta, nè il procurarsi i sussidî indispensabili per l'esercizio dell'amministrazione può giustamente qualificarsi come eccedente i limiti di essa.

Reputiamo pertanto che il genitore potrebbe, senza autorizzazione alcuna, farsi coadiuvare sotto la propria responsabilità da una o più persone stipendiate; ma rimarrebbe pure responsabile nel conto finale, che deve rendere, se fosse venuto a tale determinazione, senzachè *particolari circostanze lo richiedessero.*

188. Potrebbe anche domandarsi, se sarebbe applicabile all'amministrazione legale di patria potestà la regola, stabilita nell'art. 287 in riguardo all'esercizio della tutela, che “ i valori in numerario o in carte al portatore e gli “ oggetti preziosi, che si trovassero nel patrimonio del mi- “ nore, saranno depositati nella cassa dei depositi giudi- “ ziari od in quella che sarà dal pretore designata „. Fu risposto negativamente, perchè di tale obbligo “ non si ha “ cenno in questa parte del codice, il che dimostra una “ confidenza somma nella sollecitudine, nella probità, nella “ fede dei genitori, nella loro coscienza ispirata dal santo “ amore dei figli „ (1). A queste considerazioni, che certamente possono valere a giustificare la massima in diritto

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226 § 519, pag. 817.

costituendo, aggiungeremo, per dimostrarla vera in diritto costituito, che anche in questo particolare rapporto trattasi d'una di quelle cautele, le quali, stabilite specialmente per l'amministrazione tutelare, non possono estendersi a quella dipendente dalla patria potestà, regolata nel nostro codice con un sistema affatto distinto e completo di norme, le quali hanno appunto per base la maggior fiducia che merita la gestione esercitata dal genitore, a cui appartiene la patria potestà, in confronto di quella d'un tutore. Aggiungeremo ancora che il deposito prescritto dal citato articolo 287 non è che un provvedimento temporaneo e puramente conservatorio, prescritto dalla legge, *per fino a che il consiglio di famiglia non abbia deliberato intorno a quei valori*. Ed è quindi evidente non poter essere applicabile quel provvedimento per l'amministrazione del genitore esercente la patria potestà, a cui è completamente estranea la istituzione del consiglio di famiglia.

189. Un'altra cautela è pure stata ordinata relativamente alla tutela nell'art. 298, obbligando il tutore a *far iscrivere in nome del minore i titoli al portatore*, che si trovino nel patrimonio di lui, *quando il consiglio di famiglia non ne abbia deliberata la conversione in altro impiego*. Ed anche di questa cautela ci sembra manifesto, per le stesse ragioni indicate nel numero precedente, ch'essa non possa reputarsi richiesta nell'amministrazione affidata al padre di famiglia. È stato affermato che “ è certamente un ob-
“ bligo del padre amministratore lo intestare al figlio mi-
“ nore i titoli al portatore di sua proprietà, evitando una
“ perniciosa confusione, e se danno avvenisse ne sarebbe
“ responsabile. Ma il precetto è scritto per il tutore (art. 298)
“ e non per lui. La legge ha fede che tali doveri non sa-
“ ranno trascurati „ (1). Non solo però ammettiamo con l'autore che non vi sia in proposito nessuna speciale san-

(1) V. Borsari, l. c.

zione deducibile dalla legge; ma reputiamo non esistere punto pel genitore, che amministra legalmente i beni del figlio, l'allegato obbligo di conversione dei titoli al portatore in titoli nominali. Potrebb'essere utile il convertire quei titoli in un diverso impiego; e la legge, che pel tutelato deferisce al consiglio di famiglia il deliberare intorno a ciò, pel minore soggetto a patria potestà ne lascia invece facoltà piena al genitore, al quale appartiene l'amministrazione legale. Potrebbe anche essere che convenisse di conservare quei titoli al portatore per servire più agevolmente alle esigenze degl'interessi del minore; ed anche in ciò la legge, seguendo quella maggiore fiducia che giustamente ha accordata al genitore, non ha voluto vincolarne la libertà di azione con quella prescrizione obbligatoria, che ha stimato opportuno di fare in ordine all'amministrazione tutoria. Non sembra dunque esatto il dire che il padre amministratore non facendo iscrivere in nome del minore i titoli al portatore, che si trovino nel patrimonio di lui, divenga responsabile del danno che potesse derivare dall'inadempimento di tale suo obbligo. Egli non ha veramente, a questo proposito, nessuna obbligazione che gli sia imposta dalla legge, nè quindi può incorrere in alcuna responsabilità per non averla adempita. Solo avrebbe per la conservazione di questi valori, come di ogni altro bene spettante al figlio minorenne, quella generale responsabilità che gli deriva dalla sua qualità di amministratore legale.

190. Secondo l'art. 299, " gli stabilimenti di commercio o d'industria, che si trovino nel patrimonio del minore, saranno alienati e liquidati dal tutore nei modi e colle cautele che determinerà il consiglio di famiglia.

" Il consiglio di famiglia potrà permettere la continuazione dell'esercizio quando vi sia l'evidente utilità del minore: questa deliberazione sarà sottoposta all'omologazione del tribunale ".

Questa pure è una cautela specialmente stabilita per l'amministrazione tutoria, e subordinata anch'essa alle deliberazioni del consiglio di famiglia. E siccome tra le norme, con cui si volle regolare distintamente e in modo completo l'amministrazione dipendente dalla patria potestà, non vi è disposizione alcuna riguardante gli stabilimenti di commercio o d'industria, che si trovassero nel patrimonio del minore; siccome d'altra parte manca affatto nel regime della patria potestà la istituzione del consiglio di famiglia, alle deliberazioni del quale l'art. 299 subordina in ultimo tutti i provvedimenti da prendersi relativamente a tali stabilimenti, che appartengano al minore soggetto a tutela; così non parrebbe anche qui da porre in dubbio che nessun vincolo potesse riputarsi imposto in proposito al genitore esercente la patria potestà. A lui solo appartiene quella facoltà, che pel tutelato è deferita al consiglio di famiglia, di determinare la continuazione dell'esercizio degli stabilimenti d'industria o commercio, qualora reputi ciò utile pel minore, e quand'anche questa utilità non sia *evidente*, come è richiesto pel tutelato. A lui solo, in caso contrario, spetta di scegliere i modi più vantaggiosi e le cautele più opportune per l'alienazione e liquidazione di quegli stabilimenti. Solo dovrebbe osservare per l'alienazione e liquidazione, siccome atti eccedenti la semplice amministrazione ordinaria, quelle forme abilitanti che vedremo prescritte generalmente dall'art. 224. Nè poi crediamo che l'autorizzazione del tribunale potesse reputarsi necessaria per continuare l'esercizio, come a termini del citato art. 299 sarebbe indispensabile l'omologazione del tribunale stesso sulla deliberazione che fosse stata presa in proposito dal consiglio di famiglia. Non può argomentarsi di analogia, per le ragioni più volte accennate, onde applicare all'esercizio della patria potestà una regola speciale stabilita per l'esercizio della tutela. D'altra parte il continuare l'esercizio d'uno stabilimento d'industria o commercio già esistente nel patrimonio del minore non pare che possa giustamente

qualificarsi come *atto eccedente la semplice amministrazione*, sicchè divenga per esso necessaria, in virtù della disposizione generale dell'art. 224, l'autorizzazione del tribunale civile.

191. In diritto francese era controverso se certi atti, vietati dalla legge al tutore sui beni del tutelato, dovessero ritenersi parimente proibiti al padre amministratore legale dei beni del figlio minore di età. Qualche autore suggerì di distinguere gli atti la cui proibizione era *assoluta* — quelli cioè di *comprare i beni del minore e di accettare cessione di alcuna ragione o credito contro il pupillo* (art. 450, § 3°, e 1596 cod. Francese) — da quello di *prendere in affitto i beni del minore*, che secondo il predetto articolo 450 non poteva farsi *salvo che il consiglio di famiglia avesse autorizzato il surrogato tutore a farne l'affitto al tutore*. Per la prima di queste specie di atti la proibizione assoluta stabilita per la tutela sarebbe stata estendibile anche alla patria potestà. I motivi — così dicevasi — erano perfettamente identici; epperò non era presumibile una diversa volontà del legislatore. D'altra parte, per ciò specialmente che riguardava la *compera dei beni del minore*, essendo stabilito nel citato art. 1596 che *i procuratori non potessero rendersi aggiudicatari dei beni che fossero incaricati di vendere*, questa regola generale doveva valere anche pel padre, il quale come amministratore legale era incaricato di vendere, occorrendo, i beni del figlio. La qual regola poi era prudente e necessaria per non porre l'interesse individuale dell'amministratore in conflitto col suo dovere; e questa considerazione esisteva pure in tutta la sua efficacia in riguardo al padre amministratore legale. Ma quanto al prendere in affitto i beni del minore, non essendo ciò vietato assolutamente neppure al tutore, solo richiedendosi l'*autorizzazione del consiglio di famiglia* e che il minore fosse rappresentato nel contratto d'affitto dal surrogato tutore; e queste forme non essendo applicabili per la patria potestà, in cui non vi era nè consiglio di famiglia nè surrogato tutore, restava soltanto

di sostituire a queste l'altra forma, che sola era possibile e razionale, di far rappresentare il minore da un tutore *ad hoc* per regolare nell'interesse del figlio le condizioni dell'affitto che il padre volesse prendere (1).

Altri all'opposto opinavano che tutte ugualmente le proibizioni fatte dalla legge al tutore, rispetto ad atti che egli volesse compiere nel proprio interesse sui beni del tutelato, costituendo altrettante eccezioni al principio generale della capacità personale, fossero inapplicabili all'amministrazione legale del padre, per la quale quelle proibizioni non erano ripetute. Osservavano che la disposizione stessa dell'art. 1596 riproduceva bensì a carico del tutore e del mandatario la proibizione di comprare i beni del tutelato od i beni che fosse *incaricato di vendere*, ma non parlava del padre amministratore; e ciò bastava perchè, ogni proibizione essendo *di stretto diritto*, non fosse luogo ad estenderla al caso non contemplato. All'obbiezione tratta appunto dalla proibizione generale fatta ai mandatari, rispondevano che il padre non poteva considerarsi come un *mandatario incaricato di vendere* i beni ch'egli si proponeva di acquistare; e che precisamente per una simile considerazione, nonostante la detta proibizione generale, si era riconosciuto necessario di esprimerne nel citato articolo 1596 una speciale pel tutore, ciò che non si era fatto pel padre. Conchiudevano che questi potesse liberamente rendersi cessionario di crediti od altri diritti od azioni contro il figlio soggetto alla sua potestà, potesse anche comprare i beni del figlio stesso, potesse prenderli in affitto senza bisogno di ottenere autorizzazione dal consiglio di famiglia, salvo solo che in questi ultimi due casi sarebbe necessario far nominare un tutore *ad hoc*, il quale dovesse rappresentare il figlio, il cui interesse veniva in conflitto con quello del padre (2).

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 440-442.

(2) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 42, 43, 44; Laurent, t. IV, n. 316, pag. 419.

La questione, per una parte importantissima, non può riprodursi sotto il codice nostro; poichè esso, nell'art. 1457, al. 1°, ha espressamente compreso fra coloro che " non " possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, " sotto pena di nullità del contratto, nè direttamente nè " per interposte persone:

" *Il genitore, dei beni dei figli soggetti alla sua potestà* „.

Restano però sempre disputabili gli altri due punti: se il padre, amministratore legale, non possa accettare la cessione di alcuna ragione o credito verso il figlio soggetto alla sua potestà, come è ciò vietato al tutore ed al protutore secondo l'art. 300 cod. civ.; e se qualche formalità abilitante e quale debba sostituirsi all'*autorizzazione del consiglio di famiglia*, che lo stesso articolo richiede pel caso che il tutore o il protutore vogliano prendere ad affitto i beni del minore.

Il *Borsari* risponde ad ambidue i quesiti colla massima generale, da lui ritenuta, che tutte le regole dell'amministrazione tutoria siano applicabili anche alla patria potestà, dove per essa non siano fatte espresse modificazioni dal testo della legge, o dove qualche ragione particolare, e quasi personale, non militi a favore dei genitori. E di questa sua teoria egli fa precisamente applicazione speciale ai casi ora in disputa, colle osservazioni seguenti:

" L'articolo 300 proibisce al tutore e protutore di far " contratti col minore di vendita di beni, di cessione di " crediti, di affittanze, senza l'autorizzazione del consiglio " di famiglia. Ciò tiene non solo all'interesse dell'ammini" strazione, ma ben anco alla moralità; e quanto più in" tima è la unione delle persone meno possono permettersi " siffatte convenzioni, di cui per parte di chi ha maggiore " autorità è troppo facile l'abuso „ (1).

Ma da parte nostra abbiamo già esposte le ragioni per le quali crediamo non accettabile, come massima generale,

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, vol. I, § 520, pag. 819.

che nei rapporti non espressamente preveduti nel titolo della patria potestà sieno applicabili per analogia le norme stesse speciali che la legge ha stabilite relativamente alla amministrazione tutoria (1). E quanto alle considerazioni particolari, che l'illustre autore adduce per dimostrare che convenga estendere anche al padre, come amministratore legale, le proibizioni di accettare cessioni di crediti od altre ragioni verso il figlio e di prenderne ad affitto i beni, ci sia permesso di osservare: che queste considerazioni — se pur si potesse ammetterle come perfettamente fondate, il che vedremo poi se sia vero — non varrebbero in ogni caso se non pel diritto costituendo, ma non può esser lecito indurne che certe incapacità stabilite dall'art. 300 pel solo tutore, debbano essere applicabili anche all'amministrazione legale del padre, pel quale simili incapacità non furono espressamente pronunciate dalla legge.

Altri scrittori nostri professano che le disposizioni recanti incapacità nel tutore, o restrizioni alle facoltà di lui, non siano applicabili al padre come legale amministratore; e ne deducono, fra l'altro, che a lui non sia vietato di prendere in affitto i beni del figlio; ma insegnano poi che debba reputarsi interdetto anche al padre *l'accettare la cessione di alcuna ragione o credito verso il figlio*, pei seguenti motivi:

" L'articolo 1457 — dicono — proibisce ai genitori la " compra dei beni dei figli soggetti alla loro potestà, egual- " mente che proibisce ai tutori, protutori e curatori, la " compra dei beni delle persone soggette alla loro tutela, " protutela o cura; l'art. 300 proibisce nello stesso modo " e con una sola e medesima disposizione l'accettazione " di cessioni di alcuna ragione o credito verso le mede- " sime persone; adunque nella mente del legislatore tale " accettazione ha la medesima ragione di proibizione che " la compra „ (2).

(1) V. sopra, n. 183, pag. 411 e seg.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 547, pag. 377, n. 2; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 164, n. 1.

L'argomentazione ci par fallace. L'articolo 1457 rende espressamente comune tanto al padre, come amministratore legale, quanto al tutore, la proibizione di comprare i beni dei minori soggetti alla loro amministrazione; e invece l'art. 300 vieta al solo tutore o protutore di accettare cessione di crediti o d'altre ragioni verso il minore, ma in nessun luogo si parla di una simile incapacità pel padre. Non parrebbe che da questo confronto dovesse piuttosto dedursi che se il legislatore stimò necessario nel primo caso di esprimere quella parificazione del padre al tutore, l'averne taciuto nell'altro caso significhi che la incapacità è limitata al solo tutore o protutore pel quale è pronunciata, e non si estende al padre? Ebbene, si vuole anzi che ne argomentiamo l'opposto, ed a persuadercene si dice che l'art. 300 comprendendo in una stessa disposizione la proibizione della compra dei beni del minore e quella dell'accettazione d'un credito verso di lui, ciò significa dunque che *nella mente del legislatore le due proibizioni sono pure dettate da una medesima ragione*. Se anche questa conclusione fosse giusta, essa non approderebbe ancora a nulla pel proposto assunto; imperocchè non basti l'esservi *identità di ragione* per estendere una *incapacità*, che la legge ha pronunciato soltanto per un caso determinato, ad un caso e per un oggetto diverso. Si può sempre opporre irrefragabilmente la massima, che è lecito ciò che la legge non vieta, e che le proibizioni sono quindi tutte necessariamente di stretto diritto. Ma vi è di più, che la predetta conchiusione è manifestamente erronea. Dire che due proibizioni aventi oggetto diverso debbano di necessità essere fondate sopra identico motivo per ciò solo che si trovino riunite in un solo articolo del codice, è quanto scambiare la materialità della distribuzione con cui sono ordinate le disposizioni nel testo, colle ragioni da cui esse sono ispirate. E precisamente in ordine a questo articolo 300 del codice civile ci par facile il persuadersi come le due proibizioni, che vi son fatte in un solo contesto, di comprare

i beni del tutelato e di farsi cedere ragioni o crediti verso di lui, siano fondate sovra motivi assai differenti. Fu vietato al tutore di comprare i beni del minore, perchè dovendo per debito d'ufficio curare il maggiore interesse del tutelato nella vendita che debba farsi dei beni di lui, sarebbe posto in collisione con questo suo dovere l'interesse personale del tutore, s'egli fosse ammesso a rendersi aggiudicatario. Questo motivo è perfettamente comune anche al padre, quale amministratore legale dei beni del figlio, e perciò appunto l'art. 1457 ha esteso a lui come al tutore la proibizione di comprare i beni del minore. Non può essere identico il motivo di proibire al tutore il rendersi cessionario di ragioni di credito od altre verso il minore; poichè sarebbe evidentemente impossibile il verificarsi in questo *contratto con una terza persona* una collisione dell'interesse del tutore coi doveri suoi come rappresentante il minore. S'egli non fa che subentrare, mediante la cessione che stipula da un terzo, nelle identiche ragioni a questo già spettanti contro il minore, quale conflitto d'interessi e di doveri può mai verificarsi in questo medesimo atto di cessione? Il vero motivo della proibizione consiste piuttosto nell'essersi temuti gli abusi, che *dopo l'ottenuta cessione* il tutore avrebbe potuto fare della posizione propria, per avvantaggiarsi nelle regioni che avesse acquistate, a danno del patrimonio del minore; quel motivo e quel sospetto medesimi, per cui sì gravi rigori si sono usati verso il tutore circa le dichiarazioni ch'egli deve fare in occasione dell'inventario pei crediti od altre ragioni che gli spettassero verso il minore (art. 285, 286 cod. civ.). E in questo aspetto non è forse facilmente giustificabile che il legislatore non abbia nutriti verso il padre amministratore legale quegli stessi sospetti che lo inducevano a vietare al tutore di rendersi cessionario di ragioni o crediti contro il minore? Ciò anzi era naturale e conforme a tutto il sistema della patria potestà, nel quale, come già abbiamo veduto, furono lasciate da parte tutte quelle cautele che nella tutela

si credettero necessarie per prevenire gli abusi dell'amministratore. Aggiungasi ancora che il non vietare al padre di rendersi cessionario di ragioni, che a terze persone appartengano verso il figlio, può non di rado riuscire di grandissima utilità al figlio stesso, togliendo di mezzo persone estranee, che potrebbero altrimenti arrecargli molestie e danni.

Crediamo dunque essere così dimostrati a sovrabbondanza anche i motivi pei quali il legislatore abbia potuto indursi a limitare al solo tutore o protutore la incapacità ad accettare la cessione di ragioni di credito od altre verso il minore; mentre ha resa comune anche al padre, quale amministratore legale, la incapacità di comprare i beni del minore. Dicemmo, a sovrabbondanza; poichè invero basta che il legislatore abbia proclamata per un caso solo, o per una determinata persona unicamente, una certa incapacità, perchè questa non possa, come eccezione quale essa è ai principii comuni ed eccezione odiosa, estendersi ad altri casi e ad altre persone; ancorchè della differenza non apparisse una sufficiente ragione.

Quanto poi al potersi dal padre prendere in affitto i beni del figlio soggetto alla sua potestà ed amministrazione, ciò è ancor più evidente; dappoichè anche al tutore stesso non n'è fatta proibizione assoluta nell'art. 300, ma solo vi si richiede l'*autorizzazione del consiglio di famiglia;* condizione questa che non potrebbe avere applicazione nel sistema della patria potestà. Nè poi sarebbe meno che arbitrario il pretendere di sostituire a questa altre forme abilitanti, parimente non prescritte dalla legge. Null'altro occorre pertanto che di far nominare al figlio un curatore speciale, che lo rappresenti nel contratto in cui l'interesse di lui troverebbesi in conflitto con quello del padre; e solo quando la locazione dovesse eccedere i nove anni, trattandosi allora di un atto che oltrepasserebbe i limiti della semplice amministrazione, renderebbesi necessaria per ciò una speciale autorizzazione del tribunale (art. 224 cod. civile).

192. Discendendo a trattare delle norme particolari, colle quali la nostra legge ha regolato l'esercizio dell'amministrazione da essa attribuita al genitore sui beni del figlio soggetto a patria potestà, dobbiamo avanti tutto rammentare un principio fondamentale, a cui altra volta avemmo occasione di accennare. Si è segnata una distinzione profonda tra due diverse categorie degli atti, che possono compiersi nella gestione dei beni del figlio; degli atti cioè *di amministrazione semplice* e di quelli *di disposizione dei beni.* I primi sono sempre lasciati in piena e libera facoltà del genitore che amministra, senza assoggettarlo a speciali formalità abilitanti. Per gli altri sono richieste invece certe forme speciali, assai diverse però da quelle che sono prescritte per l'amministrazione tutoria. Alcuni atti sono stati dalla legge stessa indicati come appartenenti all'una od all'altra di quelle categorie; ma naturalmente ciò non fu fatto che in modo puramente dimostrativo, non essendo possibile prevedere tutti gli atti diversi ai quali la indefinita varietà dei casi e dei rapporti civili può porgere occasione. Di fronte a questa difficoltà il legislatore ha dovuto abbandonare agli interpreti di determinare, colla scorta dei principii fondamentali della materia, quali degli atti che man mano si presentino debbano riguardarsi come compresi nell'amministrazione semplice o come eccedenti i limiti di essa. Però neppure all'interprete può riuscire molto facile il fissare criteri sicuri da seguire nelle varie applicazioni possibili. Tenteremo di tracciare in proposito qualche norma di pratica utilità, trattando in due separati numeri degli atti di semplice amministrazione e di quelli di disposizione dei beni. Ma a tutte le regole concernenti sì l'una che l'altra categoria di atti presiede un principio fondamentale comune: quello cioè della rappresentanza, che il genitore ha pei figli soggetti alla potestà sua, in tutti i loro diritti e le loro obbligazioni, in tutti gli atti civili che possono occorrere pel loro interesse. E intorno a questo importante argomento ci sarà d'uopo svolgere preliminarmente alcune considerazioni.

I.

Della rappresentanza dei figli soggetti a patria potestà.

193. " Il padre rappresenta i figli nati e i nascituri " in tutti gli atti civili, e ne amministra i beni ".

In queste parole dell'art. 224, § 1, si contiene un principio fondamentale, che è conseguenza della condizione d'incapacità civile in cui è costituito il minore di età non emancipato. Non si tratta per lui d'una semplice limitazione di capacità, la quale permettendogli di operare personalmente negli atti civili di proprio interesse, subordini soltanto la validità degli atti medesimi all'adempimento di certe forme abilitanti; ma si tratta d'una incapacità civile completa, in forza della quale non essendogli generalmente permesso l'*esercizio personale* di alcuno dei diritti civili che gli appartengono, e tuttavia non potendo essergli negato *il godimento* di quei diritti, ne è affidato l'esercizio in nome di lui a quelle persone alle quali è commessa la protezione e la cura della persona e degli interessi del minore medesimo. Quindi è che come il minore, se soggetto a patria potestà, è rappresentato in tutti gli atti civili, secondo il predetto art. 224, § 1, dal genitore che esercita quella potestà; così pure, secondo l'art. 277, se il minore è soggetto a tutela, spetta al tutore di rappresentarlo negli atti civili.

La rappresentanza, che il genitore ha del figlio soggetto alla sua potestà, si estende, secondo i precisi termini della legge, *a tutti gli atti civili*, comprendendo così tanto quelli

che siano d'*interesse morale* — come sarebbe l'esercizio d'una azione relativa allo stato personale — quanto quelli il cui oggetto sia d'interesse solamente *pecuniario*; e tra questi ultimi l'esercizio di ogni diritto od azione e l'adempimento di qualunque obbligazione, purchè in nessun caso si tratti di diritti, azioni od obbligazioni *esclusivamente personali*, di cui perciò non sia possibile l'esercizio o l'adempimento col mezzo d'un rappresentante.

È notevole come anche l'amministrazione dei beni del figlio, attribuita al genitore che eserciti su di lui la patria potestà, venga in qualche modo a formare applicazione del principio che il padre rappresenta i figli in tutti gli atti civili; imperocchè la incapacità civile del minorenne comprendendo anche l'amministrazione del suo patrimonio, è conseguente che eziandio negli atti tutti relativi a tale amministrazione debba essere rappresentato dal genitore alla cui potestà è soggetto.

Nondimeno la legge pone assai chiaramente una distinzione tra la rappresentanza del figlio e l'amministrazione del patrimonio di lui; giacchè nell'art. 224 alla massima generale che “ *il padre rappresenta i figli nati e nascituri* “ *in tutti gli atti civili* „ si fa susseguire l'altra: “ *e ne amministra i beni* „. La quale distinzione è invero giustificata, non solo per la maggiore estensione che ha la rappresentanza attribuita al genitore pel figlio, comprendendo essa, come dicemmo, anche gli atti d'*interesse morale;* ma ancora perchè le forme abilitanti, che vedremo essere necessarie per gli atti eccedenti la semplice amministrazione, riguardano propriamente quegli atti in sè stessi, e sono indispensabili affinchè essi divengano legalmente possibili, ma non riguardano poi la rappresentanza del figlio, la quale appartiene assolutamente e liberamente e senza bisogno di ulteriori formalità al genitore che esercita la patria potestà, una volta che quegli atti siano stati autorizzati nei modi di legge. E per avere un esempio che dimostri l'esattezza di questo concetto, suppongasi che il padre abbia riportata

l'autorizzazione del tribunale per alienare certi beni del figlio. Nonostantechè prima che l'atto di alienazione fosse effettuato fosse avvenuta la morte del padre, od egli per qualunque causa non potesse esercitare la patria potestà, la madre che subentrerebbe in tale esercizio potrebbe senza dubbio compiere l'atto medesimo; poichè la legalità di esso sarebbe già assicurata dall'autorizzazione che il padre aveva ottenuto, e il potere di rappresentare il figlio in questo, come in ogni altro atto legittimo, spetta liberamente e senza bisogno d'altre forme abilitanti al genitore, nel quale risiede attualmente l'esercizio della patria potestà. Questa distinzione tra la rappresentanza del figlio in tutti gli atti civili e l'amministrazione dei beni di lui fu egregiamente rilevata dal *Borsari;* il quale ne fa notare questa conseguenza importante, che " il padre non perde la *rap-* " *presentanza* dei figli, almeno *nel senso lato*, quand'anche " fosse *privato dell'amministrazione* e dell'usufrutto per le " colpe sue proprie „ (art. 231, 233 cod. civ.).

Bisogna però guardarsi dallo spingere tropp'oltre le applicazioni di tale principio. È evidentissimo che se al padre sia tolta l'amministrazione di certi beni del figlio — come nel caso dell'art 247 cod. civ. — non è però privato del diritto di rappresentare il figlio medesimo in ogni altro atto civile. È chiaro pure che se anche per mala amministrazione delle sostanze del figlio il tribunale provveda, a termini dell'art. 233, colla nomina di un *curatore ai beni di lui,* quantunque il padre venga rimosso completamente dall'amministrazione patrimoniale, non si potrà dire però che egli, il quale conserva ciò non ostante la patria potestà, sia privato affatto del diritto conseguente di rappresentare il figlio negli atti civili; e lo rappresenterà effettivamente in ogni altro atto che non risguardi l'amministrazione che gli fu tolta. Ma in quest'amministrazione stessa è troppo evidentemente intimo e necessario il nesso tra il governo dei beni in essa compresi e la rappresentanza del figlio negli atti occorrenti relativamente a tali

beni, perchè sia ammissibile la distinzione dell'uno dall'altra. E certamente nessuno penserebbe che il curatore speciale nominato dal testatore — secondo l'art. 247 — per l'amministrazione delle sostanze lasciate al figlio, da lui istituito erede, e il curatore ai beni nominato dal tribunale nel caso dell'art. 233, non avessero anche qualità per rappresentare il minore in tutti gli atti occorrenti per l'amministrazione a loro affidata. Niuno vorrebbe sostenere l'assurdo che il governo dei beni spettasse al curatore, ma ogni volta che si rendesse necessario qualche atto concernente i beni medesimi, nel quale il minore dovesse figurare come parte, non avesse a rappresentarlo il curatore stesso, bensì il genitore, che pure è escluso da ogni ingerenza nell'amministrazione di quei beni.

194. Dal testo sopra riferito dell'articolo 224, § 1, risulta che al padre è attribuita la rappresentanza tanto dei figli nati quanto dei *nascituri*.

Era diversa la espressione degli articoli 197 del progetto ministeriale e 238 di quello concordato dalla Commissione del Senato; nei quali si diceva che " il padre, in forza " della patria potestà, rappresenta i figli *nati o nascituri in* " *tutti gli atti civili* . . . . . „

Furon soppresse le parole — *in forza della patria potestà* — le quali infatti esprimevano un concetto inesatto quanto ai *figli nascituri*, su cui non può esistere patria potestà finchè non siano nati. Inoltre uno dei commissari propose " e la " Commissione unanime assentì, di sostituire alle parole " *nati o nascituri* che si leggeva nell'art. 238, queste altre " — *nati e i nascituri* —; la congiunzione *e* esprimendo " esattamente il concetto di questo articolo „ (1).

Che anche dei figli nascituri si attribuisca al padre la rappresentanza è facilmente giustificabile; poichè, quantunque sia vero che ciò non possa fondarsi sulla patria

---

(1) V. Proc. verb., n. 14, § III, pag. 152.

potestà, della quale non è concepibile l'esistenza finchè la vita esteriore del figlio non sia cominciata, è però vero altrettanto che la legge avendo pur dovuto occuparsi di proteggere gl'interessi di coloro i quali anche non fossero nati, ma fossero concepiti almeno al tempo in cui si aprissero in loro favore determinati diritti (1), non poteva trovare persona a cui con maggior sicurezza affidare la difesa di tali interessi, che il genitore dei nascituri. — E parliamo in genere dei *genitori*, quantunque nell'articolo 224 sia fatta menzione del solo *padre*, essendo evidente che in mancanza di lui spetterebbe alla madre di rappresentare il figlio nascituro, come a lei è attribuito l'esercizio, che non possa farsi dal padre, della patria potestà. Evidente ci sembra, dappoichè quella rappresentanza è considerata nel predetto art. 224 come un attributo della patria potestà rispetto ai figli già nati, e vi è parificata eziandio quanto ai nascituri. Ciò d'altronde è confermato per la disposizione dell'art. 860 cod. civ. alla quale avremo ora occasione di accennare.

Per *figli nascituri* non possiamo intendere nel predetto articolo 224, § 1, se non quelli che siano già *concepiti* al tempo in cui si aprano in loro favore quei diritti pei quali occorra che siano rappresentati dal genitore. Nei nascituri non potendo essere alcuna capacità giuridica finchè la loro esistenza non sia almeno cominciata col concepimento, non vi è quindi, in generale, nemmeno la possibilità che in questo stato di cose si verifichino quanto a loro dei diritti, per la protezione dei quali si renda necessario ch'essi siano rappresentati. Vi è bensì qualche caso eccezionale, in cui si ammette una eventuale attribuzione di diritti anche per una persona non ancora concepita; e ciò avviene quando, a termini dell'art. 764, si disponga per testamento a favore dei *figli immediati d'una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore*, o quando in loro favore sia fatta una donazione (art. 1053 comb. col

(1) V. vol. IV, n. 23, pag. 79 e seg.

pred. 764 cod. civ.). Allora però non è punto applicabile la disposizione dell'art. 224, § 1; non è la persona, i cui figli nascituri e non ancora concepiti al tempo della morte del testatore siano stati da questo beneficati, che debba assumere la loro rappresentanza, ed amministrare nel loro eventuale interesse la eredità; ma secondo ciò che è espressamente stabilito nel § 1 dell'art. 860 cod. civ. hanno luogo le disposizioni degli articoli 857, 858 e 859, relative al caso in cui l'erede sia stato *istituito sotto una condizione sospensiva*, e come dichiara poi il medesimo articolo 860 nel secondo paragrafo, è *solo quando sia stato chiamato un concepito, che l'amministrazione spetta al padre e in mancanza alla madre.* — Secondo il combinato disposto dei precitati articoli, può anzi dirsi che *il non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente* chiamato per testamento a succedere a norma dell'art. 764, non ha veramente chi lo rappresenti nella eredità; solo *si dà a questa un amministratore*, che normalmente è *il coerede* a favor del quale possa, in mancanza del nascituro, aver luogo il diritto di accrescimento, od altrimenti è *il presunto erede legittimo del testatore;* ma *l'autorità giudiziaria, se per giusti motivi lo creda conveniente, può anche provvedere altrimenti*, e nominare ad amministratore un'altra persona. Nel caso poi di donazione fatta a favore di un *non-concepito, figlio immediato d'una determinata persona vivente,* chi è padre, o madre, od avo, od ascendente in qualunque grado, di quel nascituro, può accettare nell'eventuale interesse di lui la donazione; ma questa facoltà è attribuita a tali persone con una speciale espressa disposizione (art. 1059, § 4, cod. civ.), la quale sarebbe affatto inutile se la regola generale dello articolo 224, § 1, comprendesse già anche i *nascituri non concepiti.* Da tutto questo ci sembra dunque di poter conchiudere che quando nell'art. 224, § 1, si parla del genitore, a cui si dà il mandato di *rappresentare anche i figli nascituri in tutti gli atti civili*, s'intende di riferirsi ai soli figli *già concepiti*, non a quelli che non essendoli ancora possano

tuttavia per eccezione essere validamente beneficati con una disposizione testamentaria o di donazione, come *figli immediati d'una determinata persona vivente.*

195. La generalità stessa dei termini nei quali è formulata dall'art. 224, § 1, la regola che " il padre rappre- " senta i figli soggetti alla sua potestà in *tutti gli atti civili* " " dimostra senza dubbio che quella regola è applicabile sì per gli *atti giudiziali* che per gli *estragiudiziali*. D'altronde non potrebb'essere diversamente; poichè durante la patria potestà il figlio non ha altra persona che il genitore al quale essa compete, da cui possa essere rappresentato, come negli atti o contratti che occorrano nel suo interesse, così nei giudizi nei quali abbia a figurare come attore o come convenuto.

Solo è lecito dubitare se negli atti giudiziali possa il genitore rappresentare il figlio senza bisogno d'alcuna forma abilitante, o se si richieda quella stessa autorizzazione che sarebbe necessaria, giusta il § 2 del medesimo articolo 224, pei contratti o per gli atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione.

La questione non è nuova, e fu già vivamente dibattuta sotto il codice Francese. Vi erano autori che insegnavano potere il padre da solo e senz'alcuna autorizzazione, non solo difendere in giudizio il figlio contro azioni intentategli da altri, ma anche promuovere azioni quali che fossero, ancorchè *immobiliari* (1). Altri pensavano all'opposto che il padre fosse soggetto a quelle stesse forme abilitanti che erano prescritte per la tutela, e quindi *per intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni stabili o per aderire ad una domanda relativa ai medesimi diritti* fosse necessaria l'*autorizzazione del consiglio di famiglia* (art. 464 codice Francese) (2). Altri

---

(1) V. MARCADÈ, art. 389, § IV, t. II, n. 150.

(2) V. AUBRY et RAU sur ZACHARIAE, t. I, § 123, n. 17-18; DEMOLOMBE, t. VI, n. 446.

finalmente ritenevano, che non potendo applicarsi in ciò le norme particolari della tutela, essendo esclusa dal sistema della patria podestà l'istituzione del consiglio di famiglia, non potesse però il padre, i cui poteri si limitavano alla *semplice amministrazione* dei beni del figlio, promuovere liberamente per lui le *azioni immobiliari*, riguardate sempre dalla legge come eccedenti le facoltà d'un amministratore semplice; e rispetto a queste gli occorresse quindi, sì per agire che per acquietarsi alle azioni esercitate da altri contro il figlio, *l'autorizzazione del tribunale* (1). Bisogna però notare che tutta questa disputa dipendeva da una questione più fondamentale, cui aveva dato luogo il difetto del codice Francese, che si era limitato a proclamare nell'art. 389, come più volte accennammo, la massima generale che " il padre durante " il matrimonio è l'amministratore dei beni di proprietà " dei suoi figli minori „ senza poi regolare quest'amministrazione con nessuna norma particolare. Donde appunto nasceva il dubbio se per gli atti, che un tutore avrebbe potuto fare *colla sola autorizzazione del consiglio di famiglia*, fosse necessaria questa medesima autorizzazione anche nell'amministrazione legale del padre, o potesse questi procedere da solo senz'alcuna formalità abilitante, o dovesse sostituirsi all'autorizzazione del consiglio di famiglia un'altra formalità, quale appunto sarebbe stata quella dell'autorizzazione del tribunale. Ed è facile scorgere come le diverse opinioni, che sopra riferimmo in ordine agli atti giudiziali da farsi nell'interesse del figlio soggetto a patria potestà, non fossero che applicazioni di differenti sistemi adottati intorno a quella questione fondamentale.

Ma noi abbiamo, all'opposto, un sistema completo di regole, concernenti l'amministrazione legale paterna, al quale dobbiamo rigorosamente attenerci per non cadere

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 415; Laurent, t. IV, n. 315.

nell'arbitrario; nè altro abbiamo a fare che ricercare quale sia, secondo una retta interpretazione, il senso che a quelle regole debba attribuirsi relativamente a ciò che forma subbietto del presente quesito.

Ora noi troviamo nel § 1 dell'art. 224 un principio assoluto, che " il padre rappresenta i figli *in tutti gli atti civili* ". Come potremmo, rispetto agli atti giudiziali, stabilire contro la generalità di questa regola una limitazione, subordinando l'esercizio di tale diritto del padre ad una forma abilitante che la legge non gl'impone? Non offenderemmo con ciò i più fondamentali principii d'interpretazione delle leggi, e non verremmo a disconoscere quella maggiore fiducia, che il legislatore ha dimostrato nell'amministrazione legale del padre, in confronto di quella del tutore? Si noti che pel tutore stesso non è prescritta, rispetto agli atti giudiziali, altra forma abilitante che l'*autorizzazione del consiglio di famiglia* (articolo 296, § 2, cod. civ.), la quale sarebbe inapplicabile all'amministrazione legale paterna, da cui, come più volte dicemmo, l'istituzione del consiglio di famiglia è esclusa. E il sostituire poi a quella forma, richiesta nell'amministrazione tutoria, l'altra dell'autorizzazione del tribunale civile, sarebbe non solo arbitrario, ma in aperta contraddizione collo spirito della legge, che in generale assoggettò l'amministrazione legale paterna a minori vincoli e cautele, in considerazione appunto della maggiore fiducia che si doveva riporre nella persona dell'amministratore.

Oltre di che è manifesto quanto poco sarebbe opportuno il sottoporre preventivamente un'azione, al fine di ottenere l'autorizzazione per promuoverla, a quella medesima Autorità giudiziaria che più tardi potrebb'essere chiamata a pronunciare sentenza sovr'essa.

Tuttavia non è lecito disconoscere che l'opinione contraria potrebbe pur trovare qualche appoggio di ragioni meritevoli di considerazione. È vero — potrebbe dirsi — che la regola enunciata nel § 1 dell'art. 224 è generale

ed assoluta; ma essa abbraccia appunto nella sua generalità *tutti gli atti civili* e quindi sì i giudiziali che gli estragiudiziali, pei quali indistintamente è detto, senza limitazione alcuna, che *il padre rappresenta i figli nati e i nascituri*. Ora per gli *atti estragiudiziali* è pure inevitabile ammettere limitazione all'apparente generalità assoluta di quel primo paragrafo dell'articolo, in forza del paragrafo successivo, che per molti di tali atti, per tutti quelli che eccedano i limiti della semplice amministrazione, esige l'*autorizzazione del tribunale civile*. E perchè dunque non potremo estendere la stessa limitazione anche agli *atti giudiziali?* Non ne mancano i motivi; perchè in un'azione promossa giudizialmente si hanno gli estremi d'un *quasi-contratto*, che certo, per rispetto specialmente alle *azioni immobiliari*, *eccede i limiti d'una semplice amministrazione ordinaria;* perchè quelle azioni possono essere assomigliate ad *atti di disposizione dei beni* che ne formano oggetto, dei quali invero l'attore viene a disporre eventualmente, sebbene indirettamente, pel caso di soccombenza; perchè dunque si possono porre a repentaglio, con azioni mal promosse o mal dirette, interessi del minore non meno gravi di quelli che sarebbero compromessi in un'alienazione, in una costituzione di pegno o d'ipoteca, in un mutuo, ecc.; perchè senza il vincolo dell'autorizzazione preventiva questi così gravi interessi potrebbero talvolta essere arrischiati leggermente; perchè, se non altro, si può esporre il minore ad essere condannato in ispese che possono essere enormi.

Non crediamo però molto difficile il contrapporre risposte decisive a questi argomenti. Per essere contemplati in una sola disposizione tutti *gli atti civili*, e senza distinguere i giudiziali dagli estragiudiziali essere stabilita per tutti ugualmente la massima generale che il padre rappresenta i figli nati e i nascituri, non ne deriva che l'una di queste specie di atti possa confondersi coll'altra, mentre sono essenzialmente distinte per la loro stessa natura. E postochè

la legge appone a quella regola una limitazione *pei soli atti estragiudiziali*, stabilendo per essi la necessità dell'autorizzazione del tribunale, ne risulta per ciò stesso confermato il carattere assoluto e illimitato della regola stessa per ogni altro atto fuor di quelli espressamente compresi nell'eccezione, giusta la massima comune d'interpretazione — *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* —. Ciò solo basterebbe a render ragione del perchè non si possa estendere agli atti giudiziali quella forma abilitante, che il § 2 dell'art. 224 prescrive per certi atti estragiudiziali, e che forma così una limitazione alla facoltà generale, conceduta al padre dal primo paragrafo del medesimo articolo, di rappresentare liberamente i figli in tutti gli atti civili. Se poi vogliamo indagare più profondamente le differenze tra gli atti giudiziali e gli estragiudiziali, non tardiamo a comprendere le ragioni che giustifichino l'essersi per alcuni di questi e non per quelli richiesta la forma abilitante dell'autorizzazione giudiziaria. Questa forma è stata prescritta nel § 2 del predetto art. 224 per quei soli, tra gli atti estragiudiziali, che *eccedono la semplice amministrazione*, che recano *disposizione di beni*. Ora vi sono azioni il cui esercizio sta indubbiamente entro i limiti dell'amministrazione ordinaria; e sono quelle che hanno per oggetto unicamente *la conservazione dei diritti del minore*, come le *azioni possessorie*, o il *conseguimento delle rendite*, per le quali infatti è conceduto anche al tutore di poterle esercitare senza bisogno di alcuna autorizzazione (art. 296, § 2, cod. civ.). Per queste dunque non potrebbe esser dubbio che a maggior ragione possa esercitarle, per proprio diritto e senz'uopo di forme abilitanti, il genitore in virtù della patria potestà. Ma anche per le azioni aventi ad oggetto veramente la proprietà dei beni del minore, e specialmente per le *immobiliari*, non pare esatto il concetto, che sopra riferimmo tra le obbiezioni, e che traemmo dall'opera del *Laurent;* il quale nel luogo già citato così si esprime: “ Le azioni giudiziarie

" possono essere assomigliate ad *atti di disposizione*, " poichè l'attore che soccomba dispone indirettamente " della cosa che fa oggetto della controversia „. Ciò può prendersi sotto certo aspetto come una verità in un senso astratto e teorico, ma non sotto l'aspetto essenzialmente pratico, in cui la legge doveva considerare i diversi atti civili, al fine di determinare per quali tra essi fosse necessario od opportuno richiedere la forma abilitante dell'autorizzazione del tribunale. Negli atti estragiudiziali eccedenti la semplice amministrazione, nelle alienazioni, costituzioni d'ipoteca o di pegno, nei mutui od altre obbligazioni contrattuali, vi è una *diretta disposizione di beni*, che è opera immediata della parte o di chi la rappresenta; e in tali atti era temibile che la piena libertà lasciata all'amministratore legale potesse facilmente volgersi a danno del minore, sia per imperizia o imprevidenza dell'amministratore stesso, sia anche perchè talvolta, stretto da urgenti necessità dei proprii affari, egli s'inducesse a sacrificare ad un proprio vantaggio diretto o indiretto i suoi doveri verso il figlio.

Nelle azioni giudiziarie, all'opposto, lo scopo non è che di ottenere una *dichiarazione di diritti* del minore; non può concepirsi in esse l'idea d'una *disposizione di beni* se non come *indiretta* non solo, ma subordinata al caso d'una *ingiusta soccombenza*, che possa derivare dall'essere stata mal promossa o mal sostenuta l'azione. E in tali casi, per avventura non frequenti, l'amministratore legale sarebbe sempre responsabile del fatto o della colpa propria verso l'amministrato. Ma evidentemente non era da pensarsi alla possibilità che l'amministratore intentasse leggermente un'azione o negligentemente la sostenesse, come se fosse questo un pericolo altrettanto grave e frequente pel minore soggetto a patria potestà, quanto è quello che nella gestione del suo patrimonio si contraggano alienazioni, costituzioni d'ipoteca o di pegno, mutui od altre obbligazioni eccedenti la semplice amministrazione,

che non convengano al suo interesse. Oltrechè l'intervento stesso dell'Autorità giudiziaria chiamata a decidere costituisce per sè medesimo a favore del minore una guarentigia efficace, che manca affatto negli atti estragiudiziali. L'esattezza di queste idee è anche confermata dal considerare come pel tutore stesso la legge richieda la semplice *autorizzazione del consiglio di famiglia* per promuovere in giudizio azioni che non siano relative all'amministrazione ordinaria (art. 296, § 2, cod. civ.), mentre per alcuni più importanti atti estragiudiziali esige inoltre l'*omologazione del tribunale* (art. 301 cod. civ.). Qual meraviglia dunque se pel padre, in cui è riposta naturalmente tanto maggiore fiducia, non essendo possibile richiedere l'autorizzazione del consiglio di famiglia, che è un'istituzione estranea alla patria potestà, non vi si è sostituita l'autorizzazione del tribunale, non imposta neppure per lo stesso tutore?

Un'altra obbiezione consiste nell'osservare che il padre, intentando un'azione mal fondata, potrebbe esporre il figlio a spese enormi. Ma a questo provvede la nostra legge processuale collo stabilire che " *qualunque amministratore*, concorrendo gravi motivi, possa essere condannato nelle spese personalmente senza diritto di ripetizione „ (art. 372 cod. proc. civ.).

Resta un'ultima obbiezione, che pure abbiam sopra accennata. Col *quasi-contratto giudiziale* chi promuove un'azione, non relativa alle sole rendite e il cui scopo non sia puramente conservatorio, assume un'*obbligazione eccedente i limiti della semplice amministrazione*, e ciò cade pertanto senz'altro sotto la disposizione del secondo paragrafo dell'art. 224. L'osservazione sarebbe fondata se questa disposizione contemplasse in genere *ogni obbligazione* della natura sopra indicata, *qualunque fosse la causa* da cui derivasse. Ma all'opposto si riferisce evidentemente alle sole *obbligazioni derivanti da contratto;* come appare chiaro dal parlarsi di *mutui od altre obbligazioni*

eccedenti la semplice amministrazione, dopo avere accennato alle *alienazioni e costituzioni di pegno o d'ipoteca*. Resta escluso, per la stessa indole eccezionale di quella disposizione, che essa possa estendersi alle obbligazioni derivanti da *quasi-contratto giudiziale*.

Crediamo pertanto di potere oramai tenerci sicuri della massima che il padre possa rappresentare il figlio liberamente e senza bisogno di alcuna formalità abilitante in tutti gli atti giudiziali, sia poi in qualità di attore o di convenuto, e non solo quando si tratti di *azioni possessorie* o di *questioni relative al conseguimento delle rendite*, ma quando pure si tratti di azioni concernenti la proprietà ed anche *immobiliari*.

Ma potrebbe il genitore, parimente senz'autorizzazione, fare atto valido di acquiescenza ad un'azione intentata da altri contro il figlio? Ciò fu sostenuto sotto il codice Francese; perchè — dicevasi — " l'art. 464 di quel codice " metteva l'acquiescenza al pari dell'azione „ — stabilendo per l'una come per l'altra la necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia — epperò, se si riconosceva nel padre amministratore " il diritto di agire, si veniva per ciò " stesso a riconoscergli il diritto di aderire alla domanda " altrui senza esservi autorizzato „ (1).

Ma un simile argomento non potrebbesi addurre per noi; poichè il nostro art. 296, § 2, corrispondente al 464 fr., contempla soltanto il *promuovere azioni in giudizio*, e non vi parifica l'*acquietarsi alle domande altrui*. D'altra parte, guardando alla natura dell'atto, è evidente quanto esso differisca dagli *atti giudiziali*, abbiano questi per oggetto il promuovere un'azione, o il difendere contro quella intentata da altri; poichè qui non si tratta di *ottenere una dichiarazione di diritti*, ma veramente di *disporne*, per virtù immediata e diretta dell'atto con cui si aderisce alle pretensioni altrui; nè tale atto può presentare quelle guaren-

---

(1) V. LAURENT, t. IV, n. 315, in fine, pag. 418.

tigie che offre per sè stessa la discussione e la decisione giudiziale. Le considerazioni sovra esposte, per le quali ci sembrò dover essere affatto libera pel genitore la facoltà di rappresentare il figlio soggetto a patria potestà negli *atti giudiziali*, non sono dunque punto applicabili all'*atto di acquiescenza;* e questo dev'essere riguardato nè più nè meno che come un atto di gestione, pel quale potrà occorrere o no l'autorizzazione del tribunale, secondochè per ragione del suo oggetto sia da ritenere che ecceda la *semplice amministrazione ordinaria* o stia entro i limiti di essa, giusta le norme che in proposito esporremo più avanti.

196. Quanto agli atti estragiudiziali, non è veramente, come già osservammo, per poter rappresentare il figlio *nella celebrazione di essi* che il padre abbisogni di alcuna forma abilitante. Ma per la natura stessa di certi atti, e per renderli possibili nella gestione esercitata dal padre o dalla madre pel figlio soggetto alla sua potestà, si richiede talvolta che ne sia riconosciuta la *necessità* o l'*utilità* nell'interesse del figlio medesimo mediante un decreto di autorizzazione del tribunale civile. Tanto è ciò vero che, come pure notammo, qualora il padre avesse riportata l'autorizzazione, la madre, che gli subentrasse nell'esercizio della patria potestà, potrebbe pure, senza bisogno di altra formalità abilitante, procedere senza più alla celebrazione dell'atto autorizzato, in rappresentanza del figlio.

Questa forma dell'autorizzazione giudiziaria si attiene dunque veramente all'amministrazione in sè stessa, piuttostochè alla rappresentanza attribuita all'amministratore legale pel minore soggetto alla patria potestà di lui. E sarà quando tratteremo specialmente degli atti di amministrazione e di quelli di disposizione, che verrà opportuno l'argomento delle forme abilitanti a cui quest'ultima specie di atti è sottoposta.

197. La regola generale, che il padre rappresenta i figli in tutti gli atti civili, soffre una necessaria limitazione per quegli atti nei quali l'interesse del figlio si trovi in opposizione con quello del padre od anche con quello di altri figli soggetti alla stessa patria potestà. Nel primo caso sarebbe evidentemente assurdo l'ammettere che il padre avesse capacità a rappresentare il figlio in un interesse che fosse opposto al proprio: — *nemo potest auctor esse in rem suam.* — Nell'altro vi sarebbe almeno una sconvenienza grande nel dividere la rappresentanza dei figli, tra i quali si verificasse conflitto d'interessi, lasciandola per alcuni di loro al padre e per altri deferendola ad altra persona.

Gli autori francesi non parlarono che della prima delle accennate ipotesi; e tutti erano concordi nel ritenere la necessità di nominare al figlio, il cui interesse si trovasse in conflitto con quello del padre, un rappresentante estraneo e speciale. Solo vi era diversità di avviso circa la qualificazione che meglio convenisse a questo rappresentante: e chi voleva chiamarlo *tutore ad hoc* (1); chi avrebbe preferita la denominazione di *surrogato tutore ad hoc* (2); chi finalmente diceva che si dovesse considerarlo come un semplice *curatore* (3). Questa però non era che una questione di parole, la cui importanza non poteva esser grande, dal momento che tutti assentivano nella massima doversi nominare un rappresentante estraneo al figlio soggetto a patria potestà, e questa rappresentanza dover essere speciale e ristretta a quel solo atto in cui si trovassero in conflitto gl'interessi del padre e del figlio.

Simile massima fu pure espressamente adottata nel § 3 del nostro articolo 224, concepito nei seguenti termini:

---

(1) V. Proudhon, t. II, chap. VII, pag. 282; Marcadé, art. 389, § III, t. II, n. 149; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 7; Demolombe, t. VI, n. 422; Laurent, t. IV, n. 310, pag. 411.
(2) V. Duranton, t. III, n. 415, n. 2.
(3) V. Magnin, *Des minorités*, t. I, n. 115-116.

“ Nascendo conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla “ stessa patria potestà o tra essi ed il padre, sarà nominato “ ai figli un curatore speciale „.

Così proclamando testualmente un principio di evidente ragione, affermato già concordemente dalla dottrina, lo si è esteso opportunamente al caso che il conflitto si verifichi non tra l'interesse del padre e quello dei figli, ma negli interessi dei figli medesimi tra loro. E quanto al nome, si prescelse quello di *curatore*, conforme alla tradizione del diritto romano, ed anche perchè corrispondeva meglio al carattere particolare del mandato legale che si attribuisce a questo rappresentante; il quale non è chiamato a proteggere la persona e i beni in generale del figlio soggetto a patria potestà, come sarebbe proprio di un *tutore*, ma solo a *curare* in un determinato affare speciale l'interesse del minore, che egli deve rappresentare, trovandosi questo interesse in opposizione con quello del padre di lui.

A completa spiegazione di questo e del successivo paragrafo dell'art. 224 dovremo esaminare quali siano i casi in cui può farsi luogo alla nomina del curatore speciale; ad istanza di chi e da quale autorità possa questi essere nominato; quali ne siano le attribuzioni.

198. Affinchè sia caso di applicare la disposizione eccezionale dell'art. 224, § 3, e il figlio soggetto a patria potestà debba in un determinato atto essere rappresentato da un curatore speciale, a vece del genitore, è indispensabile che in quell'atto si verifichi un *conflitto d'interessi*, cioè che nell'atto medesimo sia impegnato un interesse del padre o di altro dei figli soggetti alla stessa sua potestà, e che tale interesse sia *opposto* a quello del figlio che si tratta di rappresentare. Intorno all'uno ed all'altro di questi requisiti sono applicabili congruamente le teorie che già svolgemmo intorno a simile argomento trattando dell'autorità maritale; e per

evitare inutili ripetizioni ci contenteremo di riferirci a quelle (1).

Come ora ricordammo, per una provvida estensione data dalla nostra legge alla massima già insegnata dalla dottrina, è stabilito nell'art. 224, § 3, doversi nominare un curatore speciale al figlio non solo quando l'interesse di lui si trovi in conflitto con quello del genitore esercente la patria potestà, ma ancora quando siano opposti tra loro gl'interessi dei figli soggetti alla potestà medesima; affinchè il genitore non sia posto nella condizione di proteggere uno dei figli contro l'altro, ciò che sarebbe assurdo e contrario all'indole dei doveri nascenti dalla patria potestà, che sono per natura e per legge essenzialmente uguali verso tutti i figli che vi sono sottoposti. Questo stesso motivo, e i termini generali ed assoluti del testo, che esige la nomina d'un curatore speciale quando tra i figli soggetti alla stessa patria potestà nasca conflitto d'interessi, dimostrano senza ombra di dubbio che non potrebbe esser lecito al genitore di rappresentare uno od alcuni de' suoi figli, lasciando ad un curatore speciale la rappresentanza degli altri, che avessero interessi opposti. Egli deve astenersi completamente; e tutti i figli devono essere rappresentati da curatori speciali, i quali naturalmente saranno altrettanti quanti i figli se ciascuno di questi abbia interesse opposto agli altri, salvo poter essere rappresentati da un solo curatore quelli che abbiano interessi tra loro comuni (2).

È indifferente la natura degli atti nei quali il conflitto d'interessi si verifichi, siano poi giudiziali o estragiudiziali; e tra questi ultimi parimente non è da distinguere se stiano entro i limiti della semplice amministrazione o la eccedano.

Così se per definire con una dichiarazione giudiziale un

(1) V. vol. V, parte II, n. 257, pag. 258 e seguenti.
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 159-160.

punto controvertibile, relativamente, per esempio, ad una successione, sorga la necessità di una contestazione tra il padre ed il figlio o tra i figli soggetti alla stessa patria potestà, sia poi che nel primo caso il padre medesimo si renda attore, o i creditori di lui agiscano in suo nome, valendosi della facoltà che loro ne accorda l'articolo 1234 cod. civ., ovvero se il figlio succeda come erede a chi aveva una lite pendente contro il padre o contro un altro figlio, soggetto alla medesima potestà, sarà sempre necessaria la nomina di uno o più curatori speciali che assumano in giudizio la rappresentanza del figlio, o di ciascun figlio, stante l'opposizione d'interessi in cui si troverebbe il padre o in cui si troverebbero i figli tra loro.

Lo stesso dovrebbe dirsi per la divisione giudiziale di una eredità, che fosse comune al padre ed al figlio od a più figli soggetti alla stessa patria potestà. E se anche si volesse prescindere dalle forme giudiziali e convenire in un progetto di divisione amichevole, sarebbe pur sempre necessario che nell'atto estragiudiziale di divisione fosse rappresentato da un curatore speciale il figlio, il cui interesse fosse opposto a quello del padre o d'altri figli nella medesima divisione.

Nello stesso ordine degli atti estragiudiziali il contratto di locazione può porgere esempio della necessità che al figlio sia nominato un curatore speciale per rappresentarlo nei casi nei quali l'interesse di lui si trovi in conflitto con quello del padre, o si tratti poi di atti che eccedano la semplice amministrazione od anche stiano entro i limiti di essa.

Abbiamo veduto infatti non essere estendibile al padre esercente la patria potestà la proibizione, fatta dalla legge al tutore, di *prendere in affitto i beni del minore* (1).

Or quando il padre volesse approfittare di questa facoltà, non potrebbe a meno di promuovere la nomina d'un cura-

---

(1) V. sopra, n. 191, pag. 429.

tore speciale, affinchè questi stabilisse seco le condizioni del contratto nell'interesse del figlio, e questo poi rappresentasse nella celebrazione dell'atto relativo. Nè intorno a ciò potrebb'esservi differenza tra il caso che la locazione volesse farsi per tempo maggiore di nove anni, e fosse quindi parificabile ad un atto di disposizione di beni, o per meno di un novennio sicchè stesse nei limiti della *semplice amministrazione* (art. 1572 cod. civ.); ma nel primo caso si richiederebbe inoltre l'*autorizzazione del tribunale*, a norma dell'art. 224, § 2.

All'applicazione della massima stabilita nel terzo paragrafo del predetto articolo non farebbe ostacolo l'esservi la madre, che potesse in mancanza del padre assumere l'esercizio della patria potestà. Non è qui certamente che si possa applicare la disposizione generale dell'art. 220, § 3. Versiamo in un caso affatto eccezionale, in cui la legge, pel conflitto d'interessi che si verifica tra i figli soggetti alla stessa patria potestà, o tra essi ed il padre, ha voluto assolutamente che venga chiamato un estraneo, in qualità di curatore speciale, a rappresentare il figlio. E invero se tale ufficio fosse affidato alla madre nel caso di conflitto d'interessi tra i figli, si ripeterebbero evidentemente per lei gli stessi inconvenienti che si vollero evitare togliendo in tale ipotesi la rappresentanza dei figli al padre; se poi l'opposizione d'interessi fosse tra i figli ed il padre medesimo, sarebbe manifestamente contrario ai rapporti coniugali ed a quelli di patria potestà il porre in lotta col marito la moglie per proteggere contro di lui gli interessi de' figli comuni. In amendue i casi sarebbe sempre assai mal provveduto a questi ultimi affidando la difesa delle loro ragioni alla madre, soggetta all'influenza dell'autorità del marito (1).

199. Nella dottrina francese non erano affatto concordi le opinioni intorno a chi spettasse di nominare un

---

(1) V. sopra, n. 159, pag. 342.

rappresentante speciale al figlio, i cui interessi si trovassero in conflitto con gli interessi del padre. Alcuni ritenevano che ciò appartenesse al *consiglio di famiglia* (1). Altri invece insegnava che la nomina dovesse farsi dal *tribunale* (2).

La prima opinione è stata esclusa dal codice Italiano, e giustamente; poichè, come più volte dovemmo ripetere, la istituzione del consiglio di famiglia è affatto estranea alla patria potestà. Gli autori del codice nostro hanno però molto opportunamente introdotta in proposito la distinzione tra gli atti giudiziali e gli atti estragiudiziali, come risulta dalla disposizione seguente:

" La nomina del curatore sarà fatta dall'autorità giudi-
" ziaria ordinaria, davanti alla quale fosse vertente il
" giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile „
(art. 224, § 4, cod. civ.). Per gli atti giudiziali adunque, e quando si tratti di causa da introdursi, o già pendente nei gradi ordinari di giurisdizione, la nomina del curatore deve farsi dall'autorità stessa che è investita della controversia, o sia poi il pretore, o il tribunale civile, o la Corte d'appello. Se poi si tratti anche di contestazione giudiziale, ma non vertente davanti l'autorità ordinaria, o di atti estragiudiziali, la nomina spetta al tribunale civile del domicilio del minore.

Nulla è dichiarato nella legge quanto alle persone che possano promuovere quella nomina. Ma non par dubbio che si debba riconoscere la facoltà di farne istanza al genitore stesso, a cui appartenga l'esercizio della patria potestà; sia per avere un legittimo contraddittore in giudizio o persona con cui poter trattare legalmente negli atti estragiudiziali, quando il conflitto d'interessi si verificasse tra lui medesimo ed il figlio; sia per provvedere all'interesse de' figli soggetti alla sua potestà, quando il conflitto

---

(1) V. Aubry et Rau sur Zachariae, l. c.
(2) V. Laurent, l. c.

fosse tra loro. Pensiamo però che la stessa facoltà debba eziandio ritenersi spettante *ai parenti più vicini ed al pubblico ministero*. Ciò può talvolta divenire indispensabile, specialmente quando si tratti di provvedere agli interessi del figlio contro il padre. D'altronde crediamo potersi avere in proposito un efficace argomento di analogia dal disposto dell'art. 233, che ammette appunto i parenti più vicini e il pubblico ministero a fare istanza pei provvedimenti resi necessari da abuso che il padre commetta nell'esercizio della patria potestà. E appunto come abuso potrebbe considerarsi il sagrificare ch'egli facesse all'interesse proprio quello del figlio in determinati affari, o l'interesse di un figlio a quello di altri soggetti alla sua medesima podestà; ed uno dei provvedimenti — la cui determinazione è lasciata dal predetto articolo ai giudici col più largo potere discrezionale, secondo ciò che essi riconoscano più conveniente — potrebbe consistere nel nominare al figlio medesimo un curatore speciale che, rappresentandolo in quei particolari affari, tutelasse l'interesse di lui contro il padre.

200. Il legislatore non si è neppure pronunciato espressamente intorno alle attribuzioni che debbano ritenersi appartenenti al *curatore speciale*. L'indole stessa del mandato legale che gli è conferito basta veramente a chiarire, sotto un aspetto generale, quali debbano essere i limiti delle facoltà a lui spettanti. La *specialità* è il carattere distintivo di quel mandato; epperò i poteri che ne derivano non potrebbero mai estendersi più in là di quanto fosse necessario od utile alla completa definizione di quel determinato affare, o di ciò che ne costituisse una conseguenza essenziale. Entro questi confini però le facoltà del curatore speciale sono naturalmente identiche a quelle del genitore esercente la patria potestà, all'autorità del quale è sostituita in virtù della legge quella del curatore medesimo relativamente a quell'affare speciale.

Non si può dunque ritenere che l'ufficio del curatore si restringa in tutto alla semplice rappresentanza del minore in quell'atto pel quale egli sia nominato. Ciò potrebbe dirsi con qualche esattezza relativamente agli atti giudiziali, non per gli estragiudiziali. In questi non è solo per la loro celebrazione che il curatore sia chiamato a rappresentare il minore, ma in tutta la trattazione degli affari commessigli, per condurli e compierli nel modo più conveniente all'interesse del minore, colle cure proprie di un buon padre di famiglia. — Così non sarebbe certamente conforme agli intendimenti del legislatore che un determinato negozio, nel quale l'interesse del padre si trovasse in conflitto con quello del figlio — per esempio una locazione od una divisione amichevole — fosse stabilito ed autorizzato, occorrendo, dal tribunale civile, prima ancora di nominare il curatore speciale; il quale fosse così chiamato soltanto a rappresentare la persona del figlio nella celebrazione dell'atto. Il curatore dovrebb'essere nominato preventivamente, ed a lui spetterebbe di trattare e concludere nell'interesse del figlio le condizioni tutte del contratto o dell'atto che si avesse da effettuare, e di chiedere nelle forme legali l'autorizzazione del tribunale civile, se l'atto fosse di tale natura da eccedere i limiti della semplice amministrazione; come gli spetterebbe in ultimo di rappresentare il figlio nella celebrazione dell'atto, quando esso fosse stato, occorrendo, legalmente autorizzato.

In ciò che ora dicemmo abbiam supposto che anche le forme abilitanti, le quali possano essere richieste per la validità degli atti del curatore speciale, siano quelle stesse che la legge ha stabilite per gli atti del genitore il quale eserciti la patria potestà. È questa infatti una conseguenza evidente del principio sopra stabilito, che *le facoltà del curatore siano identiche a quelle del genitore, alla cui autorità è sostituita la sua relativamente a quell'atto speciale pel quale gli è attribuito mandato legale.* Neppure pel curatore speciale sarebbero dunque mai le regole stabilite dalla legge

per la tutela, che potrebbero essere applicabili all'esercizio dell'ufficio suo; ma dovrebbero sempre osservarsi quelle soltanto che la legge stessa ha determinate per la patria potestà.

Così negli atti giudiziali il curatore speciale, nominato per rappresentare in essi il figlio, non potrebbe certamente aver bisogno di ricorrere a nessuna ulteriore autorizzazione, quand'anche si trattasse di azioni petitorie e non relative al conseguimento delle rendite; e per gli atti estragiudiziali bisognerebbe distinguer quelli *di semplice amministrazione* dagli altri che ne eccedessero i limiti; pei primi dei quali il curatore potrebbe procedere liberamente senz'alcuna formalità abilitante, mentre pei secondi gli sarebbe necessaria l'*autorizzazione del tribunale civile*, non però mai quella del *consiglio di famiglia* (confr. art. 296 cod. civ.).

II.

Degli atti di amministrazione semplice.

201. Avemmo più volte occasione di accennare ad una distinzione, che fu dalla nostra legge adottata come base delle sue disposizioni intorno alle facoltà attribuite al genitore, quale amministratore legale dei beni del figlio soggetto alla sua potestà; degli atti, cioè, che stanno entro i limiti della semplice amministrazione e di quelli che eccedono tali limiti. E dicemmo che mentre pei primi è lasciata al genitore ogni libertà di azione, esimendolo dal dover adempire qualsiasi formalità abilitante, per gli altri invece

egli è obbligato a riportare autorizzazione dall'autorità giudiziaria (1). La verità della quale proposizione ci sembra che emerga tanto chiara dal testo, da non poter lasciare la più lieve incertezza. Nel primo paragrafo dell'art. 224 è stabilito il principio fondamentale, che *il padre amministra i beni del figlio* posto sotto la sua potestà. Nel secondo paragrafo dello stesso articolo è dichiarato *che* " *però il* " *padre non può alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del* " *figlio, contrarre a nome di lui mutui od altre obbligazioni* " *eccedenti i limiti della semplice amministrazione, se non* " *per cause di necessità o di utilità evidente del figlio stesso,* " *e mediante l'autorizzazione del tribunale civile.* „ La forma abilitante prescritta in questo secondo paragrafo costituisce dunque una limitazione alla regola generale stabilita nel primo; e per tutti gli *atti che non eccedano i limiti della semplice amministrazione* il padre è pienamente libero nell'esercizio delle sue attribuzioni di amministratore legale, non è vincolato dalla necessità di osservare nessuna formalità abilitante, nè da alcuna altra condizione fuor di quella, comune ad ogni amministratore di cose altrui, di dover compiere il suo mandato colla diligenza *di un buon padre di famiglia*.

Abbiamo parlato in genere di *atti eccedenti la semplice amministrazione*, o stanti entro i limiti di essa, sebbene l'articolo accenni veramente soltanto alle *obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione*, e quanto ai contratti od atti non produttivi di obbligazione personale, ma traslativi di proprietà, costitutivi o traslativi di diritti reali, enumeri nominatamente alcuni soltanto di essi. Ma non crediamo per questo potersi affacciare l'idea che solo per le obbligazioni sia generale la massima che gli atti o le convenzioni con cui siano costituite abbisognino dell'autorizzazione del tribunale civile qualora eccedano i limiti dell'amministrazione ordinaria, mentre per gli altri

(1) V. sopra, n. 183-186, pag. 411, 421.

atti o contratti questa forma abilitante, siccome di eccezione alla regola generale proclamata nel paragrafo precedente, debba essere ristretta ai soli casi espressamente contemplati. Forse sarebbe preferibile che invece di presentare una esemplificazione affatto superflua, il legislatore si fosse limitato ad enunciare la massima generale che *per tutti gli atti o contratti eccedenti la semplice amministrazione* fosse richiesta l'autorizzazione del tribunale. Ad ogni modo però la generalità di questa massima ci sembra che risulti abbastanza certa e chiara dallo spirito della disposizione. La quale se ha un fondamento perfettamente razionale e di grandissima utilità pratica, è appunto perchè parte da una distinzione netta, precisa, generale ed applicabile a tutti i casi contingibili, e si conforma nel regolare così il mandato legale, attribuito al padre quale amministratore dei beni del figlio, a quanto è stabilito pel mandato generale convenzionale; del quale è detto che " *non* " *comprende che gli atti di amministrazione*, e quando si " tratti di alienare, ipotecare, *o fare altri atti che ecce-* " *dano l'ordinaria amministrazione*, il mandato dev'essere espresso " (art. 1741 cod. civ.). Nè certo saprebbesi vedere ragione sufficiente perchè si richiedesse l'autorizzazione del tribunale per ogni atto o contratto *produttivo di obbligazione* ed eccedente la semplice amministrazione, mentre invece tra gli atti o contratti che non avessero propriamente per oggetto di creare obbligazioni personali ancorchè non istessero entro i limiti dell'amministrazione ordinaria, fosse solamente a quelli i quali si trovano espressamente indicati nell'art. 224, § 2°, che dovesse ritenersi limitata come eccezionale la disposizione di esso con cui si richiede la forma abilitante dell'autorizzazione giudiziaria.

Dobbiamo dunque tenere per certo questo fondamentale principio: che per tutti gli atti o contratti eccedenti i limiti della semplice amministrazione ordinaria, abbiano poi essi per oggetto di creare obbligazioni personali, o di trasmettere

la proprietà, o di costituire o trasferire diritti reali, o di modificare od estinguere obbligazioni o diritti preesistenti, i poteri di amministrazione legale del genitore sono sempre subordinati all'adempimento delle formalità abilitanti stabilite dalla legge; che all'opposto sono, in generale, perfettamente libere le facoltà del genitore per tutti gli atti o contratti che stiano entro i limiti della semplice amministrazione. *In generale*, dicemmo, perchè non è escluso che per taluni atti o convenzioni di questa ultima specie possano essere richieste dalla legge quelle stesse forme ch'essa prescrive per quelli che eccedano la semplice amministrazione. E vedremo infatti che la riscossione dei capitali appartenenti al minore, teoricamente e secondo la sua propria indole, dovrebb'essere classificata fra gli atti di amministrazione ordinaria, ma pure la legge — per particolari motivi che dimostreremo a suo tempo — la parifica a quelli che eccedano tali limiti, esigendo l'*autorizzazione del pretore* (art. 225 cod. civ.). Solo è da tenere per fermo che senza una espressa disposizione di legge nessun atto o contratto che stia entro i limiti della semplice amministrazione è mai soggetto pel genitore esercente la patria potestà a veruna formalità abilitante.

Resta ora da stabilire quali siano precisamente *i limiti della semplice amministrazione*. Intorno a che già notammo altra volta potersi presentare per le applicazioni pratiche qualche non lieve difficoltà.

Un celebre autore ha insegnata a questo proposito una regola, che sotto la sua apparente semplicità e chiarezza ci sembra fallace. " Ogni atto — ha egli detto — che riguardi i beni, od è *di amministrazione*, od è *di disposizione*.
" Gli *atti di disposizione* sono quelli che importano alienazione totale o parziale d'un bene qualsiasi. — *Qualunque atto che non produca un'alienazione è per ciò stesso un atto di amministrazione* „ (1).

(1) V. Laurent, t. IV, n. 304, pag. 406.

Ma non ci sembra esatta la premessa, nè legittima perciò la conclusione. Non è precisamente vero che un atto non possa essere che *di disposizione*, intendendo questa nel senso di un'*alienazione* totale o parziale d'un bene, ovvero *di semplice amministrazione*. Può un atto non produrre alcun trapasso di proprietà nè perfetta nè imperfetta, e tuttavia non stare entro i limiti dell'amministrazione ordinaria. Non è quindi giusto lo stabilire per massima che *qualunque atto, il quale non porti alienazione, sia per ciò stesso un atto di amministrazione semplice*. Qualche esempio chiarirà meglio il concetto. La *rinunzia ad una eredità* può forse qualificarsi giuridicamente come un *atto di alienazione?* No veramente; poichè il rinunciante *è considerato come se non fosse mai stato chiamato all'eredità* (art. 945 cod. civ.) e non è dunque ammissibile il concetto giuridico dell'*alienazione* di ciò che non è mai stato suo. Eppure, come vedremo appresso e come professa il medesimo autore, la rinuncia ad un'eredità non è certamente da ritenersi compresa fra gli atti di semplice amministrazione, nè quindi che possa essere fatta dal padre, come amministratore legale, senz'alcuna formalità abilitante. La *divisione* ereditaria non è neppure qualificabile come *atto di alienazione del beni ereditari*, dappoichè " ciascun " coerede è reputato solo ed immediato successore di tutti " i beni componenti la sua quota ..... e si ritiene *che* " *non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari* " (art. 1034 cod. civ.) „. Eppure anche l'atto di divisione " eccede fuor di dubbio, come ci sarà facile dimostrare " a suo tempo, i limiti della semplice amministrazione " ordinaria.

Il solo concetto veramente esatto è pertanto quello che la nostra legge ha espresso nell'art. 224, contrapponendo agli *atti di semplice amministrazione* quelli che *ne eccedono i limiti*. Di quest'ultima categoria fanno parte gli *atti di disposizione, che importano alienazione totale o parziale d'un bene qualsiasi;* ma non sono essi soli che la costituiscono.

Tutto questo però non scioglie ancora l'accennata difficoltà, di determinare in modo teorico generale, ma che si presti sufficientemente alle necessità delle applicazioni pratiche, quali precisamente siano i *limiti della semplice amministrazione.*

Il *Borsari* ha enunciato a questo proposito idee che ci sembrano giustissime. " Il limite — egli ha detto — che " caratterizza gli atti di amministrazione è dimostrato in " quella parte dell'articolo 224 che costituisce il divieto, " e la materia dell'autorizzazione magistrale. Sull'*alienare*, " *ipotecare*, *dare in pegno*, *contrarre mutui* siamo chiari: " tutto ciò si riassume in un'idea, *diminuire la sostanza* " *del patrimonio*, *alienare*, eccede i poteri del padre ammi- " nistratore. Le altre obbligazioni *eccedenti i limiti della* " *semplice amministrazione* quali sono? Quelle che non " riguardano la conservazione e lo sviluppo dei mezzi " inservienti alla fruttificazione e alla produzione, cioè " alla rendita. Tali *obbligazioni*, lungi dal diminuire il " patrimonio, sono dirette ad aumentarlo, e non intac- " cano il capitale, essendochè le spese sono dedotte dalla " stessa rendita. „ (1).

L'amministratore, al quale è dato il governo dei beni altrui, ha attribuzioni che sono essenziali a questo suo ufficio; e cioè di curare la conservazione dei beni che gli sono affidati e trarne quelle rendite che sono destinati a produrre. Gli atti relativi, che corrispondono all'essenza stessa dell'ufficio di amministrare, sono quelli che diconsi appunto per ciò *di semplice amministrazione*. L'alienare, o il disporre in qualsiasi modo, diretto o in diretto, della sostanza medesima dei beni che formano oggetto dell'amministrazione è un *atto di proprietà*, che generalmente non può farsi se non dalla persona stessa del proprietario.

Certamente, se questi è giuridicamente capace, può darne facoltà anche all'amministratore da lui stesso

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, vol. I, § 520, pag. 818.

costituito, ma è necessario che questa facoltà sia specialmente espressa; ed è perciò che nell'articolo 1741 vediamo dichiarato: " Il mandato concepito in termini generali " non comprende che *gli atti di amministrazione.*

" Quando si tratti di alienare, ipotecare e *fare altri atti* " *che eccedano la ordinaria amministrazione*, il mandato " debb'essere espresso ".

Certamente ancora nella stessa amministrazione legale, conferita a benefizio di persone incapaci, non è escluso che la legge medesima possa attribuire all'amministratore anche la facoltà di fare, in certi casi, atti che contengano disposizione diretta o indiretta di beni cadenti nell'amministrazione; ma è indispensabile anche qui una dichiarazione esplicita della legge che conferisca il mandato ad amministrare, e la legge prende allora generalmente la precauzione di prescrivere certe formalità abilitanti; e in ogni caso queste facoltà straordinarie concedute all'amministratore non possono dirsi appartenenti per sè all'*amministrazione semplice.*

Fu perciò che in altra materia — la quale però aveva colla presente la massima analogia in questa parte, poichè anche allora trattavasi di persone, alle quali essendo affidato il governo dei beni altrui, non eran loro lasciate facoltà libere se non per l'amministrazione ordinaria — dicemmo che *atti di semplice amministrazione sono tutti quelli che occorrono per conservare i beni, migliorarli, renderli produttivi dei frutti naturali o civili di cui sono suscettibili, percepire i frutti medesimi e fare le spese necessarie per questi diversi oggetti* (1). Si noti però che non è dallo scopo ultimo degli atti, nè dalle conseguenze che in fatto possano derivarne, ma dalla natura del loro oggetto che dev'essere determinata l'appartenenza di essi alla semplice amministrazione. Così, se per sostenere spese necessarie alla conservazione dei beni amministrati, si contraesse un

(1) V. vol. IV, n. 181, pag. 757.

mutuo, non potrebbe dirsi questo un atto di semplice amministrazione, quantunque tale fosse il fine per cui il mutuo verrebbe contratto. E se si contraesse un debito per fare una costruzione di lusso, non sarebbe questo da riguardarsi come atto di semplice amministrazione, e come compiuto quindi validamente dall'amministratore, per facoltà propria, sebbene il debito potesse essere estinto cogli avanzi futuri delle rendite.

Abbiam detto che eccedono la semplice amministrazione gli atti pei quali si disponga delle sostanze amministrate in qualunque modo anche solo *indiretto*. E di questa proposizione reputiamo dimostrata la verità dal testo stesso dell'art. 224, § 2, laddove parla di *obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione;* imperocchè col contrarre obbligazioni non si dispone direttamente ed attualmente delle sostanze dell'amministrato, ma ben se ne dispone indirettamente, pel vincolo che nasce dall'obbligazione sui beni tutti dell'obbligato, a garantia dell'adempimento di essa. Del resto a ciò solo non si limita l'accennato concetto, chè, anzi, ha una estensione assoluta e generale. E certamente se da un atto qualunque dell'amministratore potesse derivare anche solo indirettamente od eventualmente una diminuzione della sostanza patrimoniale dell'amministrato, contro un tale effetto di quell'atto, compiuto di proprio arbitrio dall'amministratore, potrebbe sempre opporsi che questi non ne aveva facoltà, eccedendo quell'atto la semplice amministrazione, in quanto gli effetti di esso apporterebbero diminuzione della sostanza del patrimonio.

Stabiliti così i principii, coll'applicazione dei quali si può determinare in pratica quali sieno gli atti di semplice amministrazione, non è difficile trovare esempi nei quali una tale qualificazione sia incontestabile.

Non può esservi intorno a ciò alcun dubbio per tutti quegli atti i quali abbiano esclusivamente per oggetto la *conservazione* dei beni del minore. Così sarà certamente

di libera attribuzione del genitore, quale amministratore legale, il provvedere alle *riparazioni*, di cui si presenti il bisogno nei beni amministrati. Nè crediamo applicabile a questo proposito la distinzione tra riparazioni *ordinarie* e *straordinarie;* la quale è stabilita bensì dalla legge, ma per tutt'altro oggetto, cioè per determinare quali delle riparazioni, che possano abbisognare nei beni soggetti ad usufrutto stiano a carico dell'usufruttuario, e quali a carico della proprietà per la somma capitale delle spese, e dell'usufrutto per gli interessi corrispondenti (art. 501-504 cod. civ.). Sarebbe però erroneo, a nostro avviso, il pretendere che il far le spese di *riparazioni straordinarie* fosse atto eccedente i limiti della semplice amministrazione. Appartiene essenzialmente, come già osservammo, all'ufficio di chi ha il governo dei beni altrui tutto ciò che è necessario per conservare i beni medesimi; e tale è fuori di dubbio il provvedere alle riparazioni senza le quali i beni perirebbero, o diverrebbero meno atti alla loro destinazione e diminuirebbero di valore, senzachè vi sia luogo a distinguere se si tratti di *muri maestri* o di *vòlte*, di *sostituire travi*, di *rinnovare per intero o in parte notabile i tetti, i solai, gli argini, gli acquedotti o i muri di sostegno e di cinta* — cose tutte che l'art. 504 qualifica come riparazioni straordinarie — o si tratti di altre riparazioni minori che si considerano come ordinarie. Se dunque l'amministratore legale dei beni del figlio trova nelle rendite patrimoniali di lui i mezzi sufficienti per provvedere a tali spese, non par dubbio che sia in sua facoltà libera di farlo come cosa di semplice amministrazione. Ma già notammo che se essendo insufficienti le rendite, colle quali si deve normalmente provvedere anche alle spese di riparazioni, si rendesse necessario *contrarre un mutuo*, occorrerebbe a tal uopo indispensabilmente l'autorizzazione del tribunale civile; poichè il contrarre mutui è per sè stesso un atto eccedente l'amministrazione semplice, nè può fargli cangiare natura lo scopo speciale per cui sia contratto e che

riguardi appunto l'amministrazione ordinaria. Sarebbe pienamente efficace per tutti i comuni effetti di diritto l'obbligazione, che, in mancanza di mezzi per pagare tosto le spese, l'amministratore legale avesse contratto in nome del figlio verso l'architetto o l'imprenditore, a cui avesse commesso l'eseguimento di tali riparazioni? La risposta dipende dalla risoluzione di un quesito generale, che ci riserbiamo di trattare più avanti, se, cioè, una qualunque obbligazione, non eccedente i limiti della semplice amministrazione, e che sia stata contratta dal genitore quale amministratore legale, dia diritto al creditore di agire non solo sulle rendite, ma eziandio sui beni stessi del figlio. Ci basti per ora l'avere stabilito che il fare le riparazioni anche straordinarie occorrenti pei beni amministrati è per sè stesso un atto di semplice amministrazione ordinaria. Dal che conseguirà dunque che anche l'obbligazione contratta per le spese di tali riparazioni debba considerarsi come una di quelle *non eccedenti i limiti della semplice amministrazione*, per le quali l'art. 224 non richiede l'autorizzazione del tribunale, ma ne lascia libera facoltà al genitore, quale amministratore legale dei beni del figlio. E ciò pone manifestamente una differenza notevole tra questo caso e l'altro in cui per provvedere alle riparazioni si volesse contrarre un mutuo, o fare un'operazione equivalente coll'architetto o coll'imprenditore, costituendo a favore di lui ed a carico del figlio un debito fruttifero; poichè allora, com'è evidente, il genitore non si limiterebbe a *contrarre un'obbligazione di semplice amministrazione*, ma per far cosa che per sè starebbe nell'amministrazione ordinaria, si servirebbe di un mezzo che di natura sua ne eccederebbe i limiti e potrebbe portare conseguenze ben più gravi pel patrimonio del figlio.

Ciò che dicemmo per le semplici riparazioni, fossero poi esse ordinarie o straordinarie, non potrebbe però valere per la *ricostruzione* di edifizi rovinati in tutto od in parte per vetustà o per caso fortuito. Non si tratterebbe più

allora di sola *conservazione di beni esistenti*, ma di ricostituire beni periti, a spese del restante patrimonio; il che per certo non potrebbe qualificarsi come atto di semplice amministrazione ordinaria. Ma potrebbe almeno l'amministratore legale, senza bisogno di esservi autorizzato, impiegare in tale ricostruzione le rendite avanzate, che bastassero all'uopo? Ciò riguarda un altro punto, di cui tratteremo più avanti, concernente l'impiego delle rendite predette.

Lo stesso dovrebbesi ripetere, a maggior ragione, per le opere non di semplice conservazione, ma di *miglioramento*, che si volessero fare ai beni del figlio. Il sostenere spese e contrarre obbligazioni per tali opere non potrebbesi certamente considerare come atto di sola amministrazione ordinaria.

Appartengono incontestabilmente alla semplice amministrazione tutti quegli atti il cui oggetto sia di far produrre dai beni del figlio i frutti naturali o civili di cui siano suscettibili, e di percepire i frutti medesimi e le rendite. Il genitore pertanto non può abbisognare di alcuna autorizzazione per provvedere nei modi che reputi più convenienti alla coltivazione dei fondi e alla raccolta dei frutti, per appigionare le case, per riscuotere le pigioni, i fitti, gli interessi dei capitali, e rilasciarne valide quitanze. Potrebbe dirsi altrettanto delle riscossioni anticipate, che egli facesse, delle pigioni, dei fitti, delle rendite quali che fossero? Certo è che potrebbe fare validamente quelle riscossioni anticipate le quali fossero stabilite dai titoli o dalla consuetudine dei luoghi; chè, anzi, non potrebbero allora considerarsi legalmente come anticipati quei pagamenti, quantunque anteriori alle scadenze che sarebbero naturali. Ma se si trattasse di riscossioni procurate prima che ne scadesse legalmente il termine, allo scopo, per esempio, di provvedere a spese straordinarie o di estinguer debiti, non reputeremmo valido il pagamento che fosse stato fatto senz'alcuna formalità abilitante. Può forse dirsi

che sia un atto di amministrazione ordinaria il disporre anticipatamente di rendite future? Ciò è anzi contrario alle regole più elementari, e potrebbe creare gravissime difficoltà per l'amministrazione avvenire, e produrre poi la necessità, per far fronte a quei bisogni indeclinabili ai quali dovrebbe essere sopperito colle rendite anticipatamente consumate, d'intaccare la sostanza patrimoniale; di cui quell'anticipata riscossione di rendite diverrebbe così una specie di disposizione indiretta. Sembra dunque certo che la riscossione anticipata delle rendite non possa essere qualificata come atto di semplice amministrazione; il che posto deve necessariamente seguirne che il genitore non abbia capacità a ricevere validamente il pagamento senz'alcuna formalità abilitante; poichè è solamente per gli atti di semplice amministrazione ordinaria che la legge gli accorda libera facoltà. Si obbietterà forse che il *termine* presumendosi sempre stipulato in favore del debitore (art. 1175 cod. civ.) questi può rinunziarne il benefizio e pagare validamente prima della scadenza, e che d'altra parte trattandosi non di somme capitali, ma di rendite, il genitore ha qualità, come amministratore legale, per ricevere validamente il pagamento, senza essere soggetto a quella formalità abilitante che l'art. 225 prescrive per la sola *riscossione dei capitali?* Innanzi tutto dubiteremmo grandemente che l'art. 1175 potesse applicarsi al caso nostro. Quell'articolo stabilisce che “ il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore, *se non risulta dalla stipulazione o dalle circostanze che si è stipulato egualmente in favore del creditore* „. E la dottrina è generalmente d'accordo nell'ammettere anche che *dalla natura stessa del contratto* possa risultare, contro la presunzione ordinaria, che il termine sia stato stipulato anche in favore del creditore. Così si ritiene che nel *mutuo ad interesse* il debitore non possa, contro la volontà del creditore, restituirgli la somma mutuata prima che scada il termine pattuito, liberandosi per tal modo dalla futura decorrenza

degli interessi. Ed anche nella locazione penseremmo potersi dire ugualmente che per parte del locatore tendendo questo contratto a procurargli i *frutti civili* del fondo locato, è di natura del contratto medesimo che i termini di pagamento delle pensioni d'affitto s'intendano stipulati anche in vantaggio del locatore stesso, affinchè la riscossione delle rendite si operi a favore suo man mano che maturano, secondo le regole di buona amministrazione, e non abbia ad incassarle tutte ad un tratto, rimanendo poi privo di tali rendite pel tempo avvenire.

Ma, senza entrare ora in tale discussione, che sarebbe fuori di luogo, ci basti l'avvertire che non è questo il punto di questione attuale. Non si tratta di stabilire se il debitore delle rendite abbia diritto a liberarsene validamente in anticipazione; ma se l'amministratore legale abbia capacità di ricevere anticipatamente quel pagamento senza bisogno di formalità abilitanti. Ora, essendo certo che questa facoltà libera è attribuita all'amministratore legale pei soli *atti di amministrazione semplice*, ed essendo dimostrato, come ci sembra, che la riscossione anticipata delle rendite debba considerarsi come atto eccedente l'amministrazione ordinaria, non può esser dubbia la conseguenza, che il genitore non possa riscuotere anticipatamente le rendite se non adempiendo qualche formalità abilitante. Ma quale sarà dunque essa? Sarà necessaria l'autorizzazione del tribunale civile, secondo l'art. 224? O basterà l'autorizzazione del pretore, a termini dell'articolo 225? Pensiamo che quest'ultima sarebbe sufficiente. È vero che l'art. 225 parla soltanto della *riscossione dei capitali*. Ma poichè la riscossione anticipata delle rendite non potendo considerarsi come atto di ordinaria amministrazione, è forza ammettere che l'amministratore legale non abbia capacità di effettuarla senza l'adempimento di qualche formalità abilitante, ci sembrerebbe d'altra parte incongruo il richiederne una maggiore per la riscossione dei frutti che per quella delle somme stesse capitali. —

Il pretore, nel concedere l'autorizzazione, curerà, secondo il predetto articolo 225, che delle somme da riscuotersi sia fatto impiego utile e sicuro e tale che permetta di avere ancora disponibili all'uopo le somme di quelle rendite per quanto possa occorrere ai futuri bisogni dell'amministrazione.

202. Che il genitore, in virtù dell'amministrazione legale a lui attribuita, possa dare in locazione o a mezzadria i beni del figlio, e che in generale non abbisogni di riportare a tal uopo veruna autorizzazione, è cosa che non ammette dubbio. L'appigionare le case che facciano parte del patrimonio del figlio non è solo una facoltà, ma un obbligo dell'amministratore, non essendovi altro modo perchè questo valore produca a vantaggio del proprietario i frutti civili di cui è suscettibile. Pei beni rurali, se la locazione o la mezzadria non è necessaria, può però essere utilissima nell'interesse del figlio, come mezzo di procurargli migliori rendite. Questi atti entrano dunque per natura loro nella categoria di quelli di semplice amministrazione. Avvi però una limitazione da fare per le *locazioni a lungo tempo;* le quali producendo necessariamente una notabile alterazione nella facoltà di disporre della cosa locata — inquantochè la fatta locazione, se pure risulti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa, deve essere rispettata da qualunque terzo acquirente (art. 1597 cod. civ.) — epperò potendo anche derivarne una diminuzione di valor capitale nei beni che ne formino oggetto, sono considerate come parificabili agli *atti di disposizione*. La legge nostra ha tolto in proposito qualunque dubbio, disponendo nell'art. 1572: " La locazione che eccede i " nove anni non è permessa a *coloro i quali non possono* " *fare se non gli atti di semplice amministrazione* „. Il genitore è appunto fra coloro ai quali è conceduta facoltà libera pei soli atti di semplice amministrazione. Egli potrà dunque dare in locazione i beni del figlio, senza dover

ricorrere a nessuna formalità abilitante, solamente quando la locazione *non ecceda i nove anni*, e per stabilirne una durata maggiore avrà bisogno di riportare l'autorizzazione del tribunale civile, a norma dell'art. 224, § 2. Ben s'intende che la locazione convenuta senza autorizzazione per un tempo maggiore del predetto, non sarebbe già nulla, ma solo riducibile al termine legale del novennio. Ciò è manifesto; poichè la legge non essendo stata violata se non in quanto si stabilì una durata troppo lunga del contratto, non è caso per ristabilire la piena osservanza della legge stessa di dover annullare completamente il contratto, ma solo di ridurne il termine. È chiaro ancora che come la nullità degli atti, fatti in contravvenzione alle leggi regolatrici dell'amministrazione legale del genitore, non è che *relativa* al minore, ed opponibile quindi da lui solo o da chi lo rappresenta (art. 227 cod. civ.), così parimente questa riduzione del termine stabilito nel contratto, la quale tien luogo nel caso presente dell'annullazione di ciò che fu fatto in opposizione alla legge, non potrebb'essere domandata che dal padre stesso, o da chi altri rappresentasse il figlio durante la minore età, o da lui medesimo giunto che fosse all'età maggiore, o dai suoi eredi od aventi causa; ma il conduttore non sarebbe ammesso a chiedere la riduzione della durata del contratto contro il minore o chi lo rappresentasse, che volesse approfittare di tutto il termine convenuto.

Potrebbe sorgere il pensiero che fossero applicabili per analogia le disposizioni date nell'art. 493 cod. civ., relativamente alle *locazioni fatte dall'usufruttuario per un tempo eccedente quello permesso dalla legge* e che congruamente il conduttore avesse il diritto di mantenere la locazione fino a che fosse compiuto il periodo di quel *novennio che si trovasse in corso al tempo in cui cessasse l'amministrazione* del genitore. Crediamo però assai facile il dimostrare l'errore di questo concetto. Esso partirebbe da falsa base, supponendo un'analogia che realmente manca. L'usufruttuario,

nel dare in locazione i beni soggetti all'usufrutto, esercita un *diritto proprio*, che tuttavia può trovarsi in collisione con quello del proprietario allorchè l'usufrutto venga a consolidarsi colla proprietà. A conciliare equamente questi interessi e questi diritti, che vengono in conflitto, sono diretti i temperamenti adottati nel citato art. 493 cod. civ. All'opposto l'amministratore legale agisce sempre in rappresentanza del minore, rispetto al quale l'affitto dei beni suoi, convenuto dall'amministratore predetto, è come se fosse stato fatto da lui medesimo. Solo quando ed in quanto la locazione sia stata formata in contravvenzione alla legge vi è luogo per l'amministrato, giunto che sia a stato di capacità, o per chi lo rappresenta durante la minore età, e quindi anche pel padre stesso che ha illegalmente convenuto oltre le facoltà sue, a poter impugnare quel contratto e farlo ridurre entro i termini stabiliti dalla legge. Ora il contratto è in opposizione colla legge in quanto è stato convenuto per un *tempo eccedente i nove anni*. Si può dunque farlo cessare *al termine del novennio decorso dal giorno nel quale il contratto medesimo cominciò ad avere esecuzione*. E se questo periodo fosse già finito al tempo in cui la locazione venisse impugnata siccome stabilita per una durata maggiore di quella permessa, il conduttore non avrebbe già diritto di *compiere il novennio di locazione che si trovasse in corso*, ma si potrebbe farlo cessare — purchè rimanesse ancora il tempo voluto dalla consuetudine dei luoghi — *al termine dell'anno rurale*, o di quel maggiore periodo che fosse necessario per raccogliere tutti i frutti del fondo locato, o di quel tempo pel quale fosse stata pattuita la pigione se si trattasse di locazione di case.

Per le stesse ragioni sovra esposte non sarebbe neppure applicabile ciò che il citato art. 493 dispone quanto alle locazioni che l'usufruttuario abbia " pattuite o rinnovate " più di un anno prima della loro esecuzione, se i beni " sono rustici, e più di sei mesi prima, se trattasi di case... " quando la loro esecuzione non abbia cominciato prima

" che cessasse l'usufrutto „. Non potrebbesi quindi dire assolutamente che tali convenzioni fatte dal genitore, quale amministratore legale pel figlio, *non potessero avere verun effetto*. Certamente quando la nuova locazione o la rinnovazione della preesistente fosse stata convenuta dall'amministratore legale in tempo notabilmente lontano da quello in cui l'esecuzione del contratto dovrebbe cominciare, e questo cominciamento dovesse verificarsi dopo cessata la patria potestà, o in tempo prossimo al finire di essa, potrebbe un tale atto considerarsi come *eccedente la semplice amministrazione ordinaria*, e farsi quindi luogo ad annullarlo, anche indipendentemente da prove positive di frode. Ma ciò dipenderebbe dalle circostanze particolari, valutabili dal tribunale a suo prudente criterio. Se si riconoscesse che le circostanze non avessero consigliato nell'interesse del figlio a stabilire così anticipatamente quella locazione o rinnovazione, sicchè un prudente amministratore, agendo colla comune diligenza di buon padre di famiglia, non avrebbe fatto altrettanto, parrebbe potersi dire che il genitore avesse con quell'atto *ecceduto i limiti dell'ordinaria amministrazione;* e a norma dell'art. 224, § 2, ritenere quindi annullabile la convenzione. Ma non sarebbe mai la disposizione dell'art. 493, § 2, che potesse per analogia applicarsi al caso presente, tanto diverso da quello ivi contemplato.

Anche per la mezzadria vale la regola che il genitore non possa convenirla pei beni del figlio da lui amministrati se non per un tempo non eccedente i nove anni, salvo che riporti per un contratto di più lunga durata l'autorizzazione del tribunale civile; dappoichè, secondo l'art. 1647, § 2, " sono comuni al contratto di mezzadria le regole " stabilite in generale per le locazioni di cose „, tra le quali appunto è quella dell'art. 1572.

È superfluo rammentare che quanto fu esposto in questo numero vale unicamente pei beni dei quali il padre abbia la sola amministrazione, mentre per quelli di cui fosse a

termini di legge usufruttuario, sarebbero applicabili le regole comuni dell'usufrutto.

203. Tra gli atti di amministrazione semplice non esitiamo ad annoverare anche la *riscossione dei capitali*, quantunque la legge sottoponga quest'atto ad una speciale formalità abilitante, qual'è l'*autorizzazione del pretore* (articolo 225 cod. civ.). È un principio a cui abbiamo dovuto accennare altre volte (1), e che teoricamente ci sembra incontestabile. L'esigere i capitali in iscadenza è forse un atto che in sè contenga qualche elemento di disposizione diretta o indiretta della sostanza patrimoniale? Tutto all'opposto; esso non è che un atto *di conservazione* di questa sostanza, un atto *necessario*, che dev'essere naturalmente seguito da un reimpiego utile. Certamente la libertà assoluta che si lasciasse all'amministratore in questo atto potrebbe divenire pericolosa, perchè in luogo di reimpiegare utilmente il capitale riscosso potrebbe disperderlo in pregiudizio dell'amministrato; ma ciò costituirebbe un *abuso*, contro cui sarà prudente il prendere precauzioni eccezionali, il che tuttavia non cangia l'indole intrinseca dell'atto, il quale per sè stesso è sempre *di semplice amministrazione*.

Alcune legislazioni infatti tennero tanto fermo il principio, che neppur vi vollero far eccezioni per guarentirsi contro possibili abusi; e nella tutela stessa, verso cui pure la diffidenza doveva a ragione esser maggiore che verso la patria potestà, ritennero compresa nel mandato generale del tutore anche la facoltà di riscuotere i capitali del minore, senza esigere alcuna speciale formalità. Nella legislazione nostra si è proceduto, per verità, con criteri assai diversi; e in più casi, relativi a chi non abbia se non i poteri d'una *semplice amministrazione*, non si è lasciata libera la facoltà di riscuotere i capitali, ma si sono richieste speciali formalità abilitanti (V. art. 296, 318 cod. civ.). Ma

(1) V. vol. IV, n. 181, pag. 758; vol. V, parte II, n. 232, pag. 145.

dobbiamo dedurre da ciò che secondo lo spirito della nostra legge un tale atto ecceda i limiti della semplice amministrazione?

La conclusione sarebbe, a veder nostro, arrischiata. Chi volesse stabilire questa massima, che qualunque atto, pel quale la legge non lasciasse piena libertà all'amministratore, dovesse considerarsi come eccedente per natura sua l'amministrazione semplice, farebbe un'argomentazione manifestamente sbagliata; poichè nonostante il principio generale che l'amministratore proceda liberamente, senza impaccio di forme abilitanti, in tutti gli atti di semplice amministrazione, può pure esservene alcuno che, per l'indole sua speciale e per le conseguenze che può avere, meriti che si faccia eccezione a quel principio per proteggere efficacemente l'interesse dell'amministrato, meriti di essere assoggettato a forme abilitanti come se fosse un atto di disposizione indiretta della sostanza patrimoniale. E così appunto avviene nel caso nostro; chè sebbene il riscuotere i capitali non sia per sè medesimo un atto di disposizione neppure indiretta, sebbene non tenda che a conservare qual'è la sostanza patrimoniale, sebbene anzi sia un atto *necessario* di amministrazione, pure nei pericoli di danno all'amministrato che potrebbero seguirne, per la facilità che vi sarebbe di dispersione dei capitali riscossi, se con speciali cautele non si fosse provveduto ad assicurarne l'utile reimpiego, si sono prescritte particolari forme abilitanti.

È notevole però che, appunto perchè si tratta d'un atto, il quale guardato soltanto nell'intrinseca indole sua, dovrebbe essere qualificato di *semplice amministrazione*, la legge si è limitata a richiedere per la validità della riscossione dei capitali appartenenti al minore soggetto a tutela la sola *autorizzazione del consiglio di famiglia* (art. 296 cod. civ.), mentre per gli atti di vera *disposizione dei beni* si è voluta inoltre l'*omologazione del tribunale* (art. 301 cod. civ.); e che per la riscossione dei capitali spettanti al minore

soggetto a patria potestà non si esige — come secondo l'art. 224 è necessario in generale per tutti gli *atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione* — l'autorizzazione del tribunale civile, ma è dichiarata sufficiente l'*autorizzazione del pretore*. Vero è che è trattata in ciò con maggior rigore l'amministrazione del genitore, pel quale si vuole ad ogni modo un'autorizzazione giudiziale, in confronto dell'amministrazione tutoria; ma di ciò è facile il rendersi ragione, sia perchè la forma adottata per la tutela era affatto inapplicabile alla patria potestà, nella quale non vi è consiglio di famiglia, e reputandosi di non poter lasciare facoltà affatto libera al genitore esercente l'amministrazione legale, era il meno che si potesse fare l'assoggettarlo all'autorizzazione del pretore, invece di obbligarlo a ricorrere al tribunale civile, come per gli atti eccedenti l'amministrazione ordinaria; sia perchè poi non era neppure incongruo che il genitore venisse sottoposto in questa parte ad un'abilitazione che avesse forma più rigorosa, mentre lo si è liberato da quelle cautele che furono prescritte a carico del tutore, e principalmente non lo si è obbligato a dare cauzione, sicchè il pericolo della dispersione dei capitali del minore potrebbe divenire più grave e irreparabile.

Tutto ciò che abbiam detto finora su questo punto è una discussione puramente teorica, la quale non trovi riscontro di utili applicazioni pratiche? Non lo crediamo. Ne risulta, a buon conto, questa conseguenza importante: che la disposizione dell'art. 225, in quanto concerne la riscossione dei capitali, dovendo essere considerata come una *eccezione* al principio generale in virtù di cui il genitore non è soggetto ad alcuna formalità abilitante per gli atti di semplice amministrazione legale dei beni del figlio, debba quindi applicarsi strettamente e con rigore. Non solo pertanto qualunque atto che per natura sua abbia a riguardarsi come compreso nella semplice amministrazione, e che non consista veramente in una *riscossione di un*

capitale, sarà esente dalla formalità abilitante dell'autorizzazione del pretore e da qualunque altra; ma per la riscossione stessa dei capitali basterà sempre l'autorizzazione del pretore, a meno che si complichi con quell'atto un altro eccedente l'ordinaria amministrazione, sicchè ne sorga la necessità dell'intervento del tribunale civile. Vogliamo accennare ai casi in cui la riscossione del capitale si ottenga mediante surrogazione a favore di un terzo che paghi, o piuttosto mediante cessione del credito. Intorno ai quali argomenti avremo ad intrattenerci più avanti, contentandoci per ora di aver accennato che in essi troveremo occasioni di applicare utilmente la teoria sopra dimostrata. Intanto però non sarà fuor di luogo il rispondere ad un dubbio che può presentarsi.

La disposizione dell'art. 225 contempla soltanto la riscossione dei capitali che abbiano fatto parte originariamente del patrimonio del minore, o siano anche stati costituiti nel corso dell'amministrazione ma con mezzi estranei alle *rendite?* Se col cumulo dei risparmi annui di queste il padre avesse formato un capitale, potrebbe alla scadenza esigerlo, senza chiedere l'autorizzazione del pretore, sotto pretesto di non fare in ciò che un atto di *amministrazione delle rendite?* Non lo crediamo. Vedremo nel numero successivo se il genitore nella sua amministrazione dei beni del figlio sia perfettamente libero per ciò che riguarda l'impiego degli avanzi delle rendite. Ma ritenuto che lo sia, è certo ad ogni modo che è suo preciso dovere di curare l'utile impiego dei risparmi man mano che si verifichino in somme abbastanza considerevoli, come deve farsi secondo le regole di savia amministrazione che segue qualunque buon padre di famiglia. E allorchè in adempimento di questo suo dovere egli abbia fatto impiego degli avanzi delle rendite costituendone capitali, questi vengono a far parte integrante della sostanza patrimoniale; ed anche ad essi pertanto sono applicabili e la lettera e i motivi della disposizione recata dall'art. 225 cod. civile.

204. L'impiego di somme di denaro appartenenti al minore dev'essere considerato come atto di semplice amministrazione, che quindi il genitore abbia facoltà libera di fare nell'interesse del figliuol suo?

Il nostro codice ha una disposizione espressa relativamente all'impiego dei capitali del figlio minore; ma una disposizione che contempla soltanto un caso particolare e non può estendersi alla generalità del quesito ora proposto. È la disposizione seguente dell'art. 225:

" Per la riscossione dei capitali o per la vendita di " effetti mobili soggetti a deterioramento basterà l'auto- " rizzazione del pretore, *a condizione di nuovo impiego, la* " *cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso* ".

Non intendiamo di entrare ora nel commento di questo testo, che riserbiamo ad altro luogo. È però assai facile il rilevarne fin d'ora come il legislatore non siasi occupato in modo generale dell'impiego di somme di denari spettanti al minore, ma soltanto di quelle che derivino da riscossione di capitali o da vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento. Nè poi questo stesso impiego è qui regolato dalla legge, e sottoposto alla eccezionale forma abilitante dell'autorizzazione del pretore, considerando tale atto per sè e distintamente, ma sotto l'aspetto di *condizione per autorizzare la riscossione dei capitali o la vendita dei mobili*. E poichè appunto si tratta di una forma abilitante affatto eccezionale, la quale dunque deve necessariamente restringersi agli oggetti espressamente contemplati dalla legge, non può esser dubbio che per tutt'altro impiego fuor di quello delle somme derivanti da capitali riscossi o da mobili venduti perchè soggetti a deteriorazione, il testo dell'art. 225 non presenta una norma decisiva. La questione generale, riguardante le facoltà del genitore nella sua amministrazione legale, per l'impiego delle somme che appartengono al figlio, rimane pertanto intatta; e in mancanza d'ogni altra disposizione speciale non si può che ricorrere all'indagine se tale impiego sia da

comprendersi o no tra gli atti di semplice amministrazione, ritenendo che in caso affermativo sia libero al genitore di procedere all'impiego nel modo che reputi più conveniente, salvo solo la responsabilità che gl'incomberebbe per questo come per qualunque altro atto di sua gestione, e che in caso contrario sia necessaria, secondo la regola generale dell'art. 224, § 2, l'autorizzazione del tribunale civile.

Ora non par dubbio che l'impiego di danaro di per sè stesso debba considerarsi come *atto di amministrazione ordinaria*. Esso serve nel medesimo tempo per conservare questa parte di sostanza patrimoniale del minore e per ritrarne i frutti ch'è suscettibile di produrre. Sotto ambidue questi aspetti non può di certo considerarsi che come atto di buona gestione, di semplice amministrazione. Guardiamo alle fonti da cui possono derivare queste somme disponibili, escludendone la riscossione di capitali preesistenti o la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento, per le quali l'art. 225 ha dato, come notammo, una disposizione affatto eccezionale.

Può darsi che tali somme risultino dal cumulo di risparmi fatti sulle rendite annue. Quanto a questi risparmi, abbiamo già dimostrato come siano affatto inapplicabili all'amministrazione legale del genitore quelle cautele che l'art. 294 ha ammesse nell'amministrazione tutoria; e come il genitore, a differenza del tutore, sia libero di disporre degli avanzi, che risultino annualmente dalle rendite, nel modo da lui reputato più conveniente per l'interesse del minore (1). Nè per certo potrebbesi pretendere applicabile la disposizione dell'art. 225 affatto eccezionale, come osservammo, e limitata al reimpiego dei capitali riscossi, ed all'impiego del prezzo di mobili venduti con autorizzazione del pretore; nè che dovesse invece osservarsi la regola generale dell'art. 224, § 2,

---

(1) V. sopra, n. 181, pag. 399.

la quale contempla gli atti *eccedenti i limiti della semplice amministrazione*, mentre l'impiegare gli avanzi delle rendite è incontestabilmente un atto di buona ed ordinaria gestione.

Può darsi ancora che le somme disponibili siano provenute al figlio da successione o donazione. Ma qui pure valgono le stesse considerazioni ora ricordate a dimostrare che l'impiego di quelle potrebbesi fare validamente dal genitore nell'interesse del figlio senza bisogno d'alcuna forma abilitante.

Ciò che abbiam detto serve eziandio a dimostrare la piena libertà dell'amministratore legale nella scelta del modo d'impiego. Egli potrà dunque investire le somme disponibili appartenenti al minore o in mutui ad interesse, o in acquisto di titoli di rendita a carico dello Stato, o in qualunque altro modo che reputi più conveniente. Due sole condizioni sono naturalmente indispensabili: che l'impiego sia sicuro e sia vantaggioso. All'adempimento di queste condizioni deve l'amministratore legale provvedere coll'ordinaria diligenza di buon padre di famiglia; e se avesse agito altrimenti ne sarebbe responsabile.

Potrebbe il padre impiegare le somme disponibili appartenenti al figlio nell'estinguere debiti che gravassero sul patrimonio di lui? Non crediamo che possa intorno a ciò essere elevato alcun serio dubbio. Non è forse questo il miglior modo d'impiego? Non si aumenta in realtà il patrimonio di quanto lo si libera dalle passività? Non è anzi una necessità imprescindibile il pagare i debiti appena se ne abbiano i mezzi, per non esporsi a doverli pagare forzatamente andando incontro a gravi danni? Come dunque potrebbe mai sostenersi che non fosse questo un atto di buona ed ordinaria amministrazione? Ben però potrebbesi dubitare se l'amministratore legale avesse facoltà d'investire in questo modo le somme disponibili spettanti al figlio, *rinunziando al benefizio del termine*. Se il debito non ancora scaduto, che si volesse estinguere,

producesse interessi a carico del figlio, parrebbe che il padre potesse anche farne il pagamento anticipato, poichè in ciò vi sarebbe sempre il vantaggio del figlio. Ma se all'opposto il debito non portasse interessi, il pagamento anticipato produrrebbe in realtà un vantaggio al creditore e un danno al figlio, privandolo del benefizio degli interessi che in pendenza del termine potrebbero essere per lui ottenuti con altro modo d'investimento; e sotto questo aspetto si farebbe quindi un atto non di ordinaria amministrazione, ma di disposizione, che non potrebbe reputarsi compreso nelle facoltà libere dell'amministratore legale.

Potrebbero essere impiegate le somme disponibili nella ricostruzione di edifizi rovinati per vetustà o caso fortuito, o in nuove costruzioni, od in opere quali che fossero di miglioramento agli immobili appartenenti al minore? A questo quesito avemmo occasione di accennare altra volta (1), e dalle cose ora esposte ci sembra doverne risultare agevolmente la risoluzione. Il modo d'impiego delle somme disponibili è lasciato, come dimostrammo, in libera facoltà dell'amministratore legale, a due condizioni, delle quali egli deve sotto la propria responsabilità curare l'adempimento: che, cioè, l'impiego sia sicuro e sia vantaggioso. Nei casi ora figurati tutto ciò che potesse porsi in questione sarebbe l'utilità dell'investimento fatto delle somme appartenenti al minore. E se l'utilità mancasse, od almeno non corrispondesse alle spese sostenute, l'amministratore legale ne sarebbe certamente responsabile. Ma non crederemmo davvero che si potesse impugnare come nullo l'operato dell'amministratore stesso, e farne fondamento di una dimanda contro i terzi in ripetizione delle somme che ad essi fossero state pagate e che esistessero ancora presso di loro, che non fossero state consumate in buona fede (confr. art. 1240 cod. civile). Non

(1) V. sopra, n. 201, pag. 469-470.

varrebbe l'allegare che l'amministratore era *incapace di disporre* di ciò che apparteneva al minore; poichè non si tratterebbe veramente d'un atto di disposizione, ma d'impiego delle rendite o di somme altrimenti disponibili; e questo impiego era nelle facoltà dell'amministratore, salva soltanto la responsabilità sua verso il minore se l'impiego non fosse stato utile, se, per esempio, si fosse eseguita la ricostruzione d'un edifizio che non offriva alcun vantaggio o lo presentava assai minore della spesa, se per fine di miglioramento si fossero fatte opere che non lo producessero in realtà o ne recassero uno notevolmente inadeguato, molto più poi se si fossero fatte costruzioni od opere di puro lusso.

Altro sarebbe se per simili opere l'amministratore non avesse impiegate somme presso lui esistenti di ragione del minore, ma avesse contratte in nome di questo obbligazioni verso coloro che avessero eseguite le opere. Queste obbligazioni, come altrove dimostrammo, sarebbero di natura loro *eccedenti i limiti della semplice amministrazione*, epperò non potrebbero riguardarsi come validamente contratte a carico del patrimonio del minore (1).

Reputiamo opportuno il riassumere qui brevemente quanto cercammo di dimostrare in diversi luoghi in ordine alle facoltà dell'amministratore legale per le opere che siano eseguite sugli stabili del minore.

Per le *riparazioni* — siano poi esse *ordinarie o straordinarie*, siano di necessità urgente, o possano anche differirsi, ma convenga anticiparle per evitare un maggiore deperimento della cosa — le facoltà dell'amministratore sono sempre affatto libere, perchè in qualunque degli accennati casi si tratta sempre di un *atto di semplice amministrazione*. Egli può dunque, senza bisogno di esservi autorizzato, non solo impiegare in quelle spese di riparazioni le somme disponibili, sia poi che provengano da avanzi di

(1) V. sopra, n. 201, pag. 469 e seg.

rendite o da altra causa; ma eziandio contrarre obbligazioni in nome del minore. Solo non potrebbe, per sopperire a tali spese, *contrarre un mutuo* — perchè questo, essendo per sè stesso un atto eccedente l'amministrazione ordinaria, abbisognerebbe dell'autorizzazione del tribunale civile, secondo l'art. 224, § 2 — nè potrebbe riscuotere a tal uopo un capitale, se non vi fosse autorizzato dal pretore, poichè l'art. 225 esige indistintamente questa forma abilitante per la riscossione dei capitali, qualunque sia l'impiego che voglia farsene, il quale dev'essere pure riconosciuto ed approvato dal pretore stesso.

Per le ricostruzioni, nuove edificazioni ed altre opere di miglioramento negli stabili, l'amministratore legale avrebbe sempre facoltà d'impiegarvi gli avanzi delle rendite o le somme per qualunque altra causa disponibili, perchè tale impiego è di sua natura un atto di semplice amministrazione. Solo avrebbe responsabilità verso il minore, se non fosse stato utile l'impiego fatto. Ma non potrebbe per tali opere di miglioramento contrarre validamente obbligazioni in nome del minore verso terze persone, se non vi fosse autorizzato dal tribunale civile, poichè tali obbligazioni non starebbero entro i limiti dell'amministrazione semplice. Molto meno potrebbe senza una simile autorizzazione contrarre mutui per procurarsi i mezzi onde sostenere le spese di quelle opere. Neppure potrebbe procurarsene i mezzi mediante la riscossione di capitali del minore, se non ottenendone l'autorizzazione dal pretore, a norma dell'art. 225.

Se si trattasse di opere di puro ornamento e di lusso, l'investire nella esecuzione di esse gli avanzi delle rendite od altre somme disponibili impegnerebbe necessariamente la responsabilità dell'amministratore legale verso il minore, poichè l'impiego fatto di quelle somme non potrebbe dirsi utile. Nondimeno nei rapporti con terze persone non sarebbe impugnabile la validità dell'impiego, giacchè questo appartiene sempre alle facoltà libere dell'amministratore,

come atto di natura sua non eccedente i limiti dell'amministrazione semplice, e alla discussione dell'utilità o non dell'impiego non può farsi luogo se non nei rapporti tra l'amministrato e l'amministratore, e a questo soltanto incombe verso quello la responsabilità del non aver fatto un impiego utile. Ben s'intende poi che per queste opere di lusso non potrebbe l'amministratore contrarre validamente obbligazioni verso terze persone in nome del minore, nè potrebbe per procurarsi i mezzi di farle eseguire riscuotere capitali; e che neppur sarebbe caso di poter ottenere dal tribunale civile o dal pretore rispettivamente l'autorizzazione per tali atti, appunto perchè essi non presenterebbero quella *utilità pel minore*, la quale costituisce la base indispensabile di tali autorizzazioni.

205. Il padre, nella sua qualità di amministratore legale, è anche autorizzato a fare in nome del figlio acquisti a titolo oneroso, specialmente di immobili? Se in tali acquisti s'impieghino somme disponibili appartenenti al figlio, purchè non si tratti di capitali da riscuotere e rinvestire, la risposta affermativa a tale quesito non può essere incerta. Abbiamo stabilito che nel modo d'impiego delle somme spettanti al figlio soggetto a patria potestà la facoltà del genitore è perfettamente libera, perchè non si tratta in ciò che d'un atto di buona ed ordinaria amministrazione. Nè d'altra parte può dubitarsi che questa maniera d'impiego sia spessissimo la più opportuna, perchè meglio d'ogni altra presenta quella sicurezza che è maggiormente desiderabile nell'interesse del minore, e perchè, se in generale produce rendite più limitate in confronto d'altri modi d'investimento, offre però in compenso un probabile e progressivo aumento nel valore dei fondi. Il genitore può dunque, sotto la propria responsabilità, prescegliere questa maniera d'impiego delle somme spettanti al figlio minore, senza bisogno di riportarne autorizzazione

alcuna. Ma diverrebbe necessaria la forma abilitante stabilita eccezionalmente dall'articolo 225 cod. civile, cioè l'*autorizzazione del pretore*, quando si trattasse di *riscuotere capitali* da rinvestire in questo modo; e il pretore, per concedere la chiesta autorizzazione, dovrebbe curarsi di riconoscere non solo la sicurezza dell'acquisto che si farebbe pel minore, ma eziandio l'utilità dell'impiego.

In tutto ciò non vi è difficoltà se coi danari del minore si può soddisfare intieramente il prezzo che si convenga per l'acquisto. Ma potrebbe il padre validamente contrarre pel figlio l'obbligazione del prezzo, che non vi fosse modo di pagare, in tutto od in parte, con somme disponibili nel patrimonio dell'amministrato? Eravi intorno a ciò controversia in diritto francese. Nel nostro ci sembra di assai più facile soluzione il quesito; poichè l'art. 224, § 2, stabilisce la massima assoluta e generale che sia necessaria l'autorizzazione del tribunale civile affinchè l'amministratore legale possa contrarre *qualunque obbligazione eccedente i limiti della semplice amministrazione*. Ora come si può dubitare che tale appunto sia l'indole dell'atto con cui si acquisti a credito? Si fa con ciò un'operazione simile in sostanza a quella di chi per pagare totalmente il prezzo al venditore contraesse verso terza persona un mutuo, pel quale pure l'art. 224, § 2, richiederebbe espressamente l'autorizzazione del tribunale. Solamente le obbligazioni che si contrarrebbero verso un mutuante si contraggono invece verso il venditore; ma non cangiano gli oneri che s'impongono all'amministrato pel quale si acquista a credito, non cangia l'indole dell'atto. Si assume ugualmente l'obbligo di corrispondere interessi, i quali superano generalmente le rendite che possono ottenersi dall'immobile acquistato, finchè venga il tempo di dover soddisfare il capitale: e l'operazione può essere ugualmente pericolosa, non di rado rovinosa. Può darsi che anche un acquisto a credito possa talvolta costituire un atto di saggia amministrazione; ma appunto perciò deve intervenire l'autorità

del tribunale per riconoscere se questa fortunata combinazione si avveri.

206. Dagli acquisti a titolo oneroso passiamo a quelli di titolo gratuito; occupandoci prima delle *successioni a titolo universale.*

Si apre una successione, alla quale è chiamato, o in tutto o in parte, o per legge o per testamento, il figlio soggetto a patria potestà.

Le eredità devolute ai minori, siano poi essi sotto patria potestà o sotto tutela, *non si possono validamente accettare se non col benefizio dell'inventario* (art. 930 cod. civ.). Questa accettazione beneficiaria dev'essere considerata come *atto di semplice amministrazione*, e il genitore può quindi farlo validamente senza dover praticare nessuna formalità abilitante? A quest'ultima parte della domanda risponde affermativamente l'art. 226, § 1, colla seguente disposizione:

" Le eredità devolute ai figli soggetti alla patria potestà " saranno accettate dal padre col benefizio dell'inventario ".

E ciò che qui si dice del padre è applicabile parimente, ben s'intende, alla madre, quando a lei spetti a termini di legge l'esercizio della patria potestà.

Resta a vedersi se la disposizione possa essere giustificata considerando l'accettazione della eredità come *atto di semplice amministrazione*. Per dimostrar ciò si suole generalmente addurre che l'accettazione non potendo farsi nell'interesse del minore se non sotto benefizio d'inventario, e questo avendo per effetto che " l'erede non sia tenuto al " pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore " dei beni a lui pervenuti, e possa liberarsi col cedere tutti " i beni dell'eredità ai creditori ed ai legatari, e che non " siano confusi i suoi beni proprii con quelli dell'eredità e " gli sia conservato contro la medesima il diritto di ottenere il pagamento dei suoi crediti " (art. 968 cod. civ.), non possa dunque mai derivare da tale accettazione nessun danno all'erede, nè sia da riguardare l'atto come contenente

mai neppure indirettamente nessuna disposizione dei beni del minore. È proprio rigorosamente esatto questo concetto? No veramente; perchè può darsi caso che l'accettazione della eredità, sebbene sotto benefizio d'inventario, arrechi un danno reale al minore, se venendo egli alla successione in qualità di figlio o discendente del defunto, abbia ricevuto da questo per donazione diretta o indiretta un valore superiore a quello della parte ch'egli prenderebbe nella eredità riunendo ai beni trovati in essa quelli che a lui furono donati. Trattasi, per esempio, della eredità della madre o di un ascendente materno, essendo premorta a lui la madre la quale viene rappresentata dal figlio; ed a lui od alla madre erano state fatte dalla persona defunta donazioni, il cui valore supera quello della quota che su tutta l'eredità, computandovi anche i beni donati, perverrebbe al figlio. Se il padre accetta per lui l'eredità, sebbene, com'è indispensabile, con benefizio d'inventario, dovrà essere conferito ai coeredi tutto ciò che il figlio tiene per donazione; e a lui nuocerà quindi l'essere stata accettata in suo nome l'eredità; mentre se vi si fosse rinunziato, avrebbe potuto ritenere la donazione, purchè solo non ne rimanesse offeso il diritto di legittima altrui e salva in questo caso la riduzione entro i limiti della disponibile (art. 1001, 1003, 1005, § 2, cod. civ.). Oltre a ciò, sebbene coll'accettazione beneficiaria non si esponga l'erede a dover rispondere coi proprii beni del pagamento dei debiti ereditari e dei legati, possono tuttavia derivare da tale accettazione certi danni indiretti, per le cure e la responsabilità dell'amministrazione dei beni ereditari, a cui l'accettante è tenuto verso i creditori ed i legatari (art. 969 cod. civ.). E appunto per queste ragioni, quando si tratta d'un minore soggetto a tutela, la legge non permette al tutore di accettare con benefizio d'inventario le eredità al minore medesimo devolute senza bisogno di alcuna formalità abilitante, come gli permette in generale di agire liberamente per gli atti di amministrazione semplice, ma

prescrive invece che tale accettazione debba essere *autorizzata dal consiglio di famiglia* (art. 296 cod. civ.). Al contrario le eredità devolute ai figli soggetti alla patria potestà possono essere accettate dal padre col benefizio dell'inventario senza bisogno d'altra formalità abilitante, come abbiamo veduto nell'art. 226, § 1. Nè può esser difficile di riconoscere i motivi che indussero il legislatore a questa differenza di disposizioni.

La forma abilitante prescritta pel tutore era assolutamente inapplicabile alla patria potestà, in cui non vi è *consiglio di famiglia*. Sarebbe stato ragionevole sostituire a questa un'altra forma abilitante più rigorosa, quale sarebbe quella dell'autorizzazione giudiziale? Qualche volta la legge lo ha fatto; come già abbiam veduto per la *riscossione dei capitali* (1). Ma in questo caso il maggior rigore è giustificato, perchè si tratta di aver disponibili e poter maneggiare somme facienti parte della sostanza capitale del figlio, e si presentano gravi pericoli di abusi, di dispersioni di tali valori da parte d'un amministratore legale che non è neppur tenuto ad alcuna cauzione verso l'amministrato, mentre vi è tenuto il tutore. Al contrario l'atto di accettazione dell'eredità devoluta al figlio non presenta davvero somiglianti pericoli; sta anzi in favor del genitore la presunzione naturale d'una maggiore cautela nel curare l'interesse del proprio figlio, la presunzione ch'egli ponderi la convenienza o meno di accettare per lui l'eredità con diligenza e prudenza non minore di quanto potrebbe adoprarne nell'interesse del minore soggetto a tutela il consiglio di famiglia; sta infine un'altra considerazione importante, e della quale anche in altra materia avremo a tener conto, che, cioè, nell'accettare o no l'eredità devoluta al figlio il padre ha impegnato anche il proprio interesse personale, trattandosi di beni sui quali competerebbe a lui l'usufrutto legale a tenore dell'art. 228, a meno che si

(1) V. sopra, n. 203, pag. 478-479.

verificasse qualcuno dei casi di eccezione contemplati nel successivo art. 229 codice civile.

Da tutto ciò sarebbe dunque abbastanza giustificato l'essersi lasciata al padre piena libertà di accettare con benefizio d'inventario le eredità devolute al figlio soggetto a patria potestà, mentre il tutore non può accettare in ugual modo quelle devolute al minore soggetto a tutela, se non coll'autorizzazione del consiglio di famiglia.

È vero che in qualche circostanza speciale può darsi, come osservammo, che l'accettazione benefiziaria produca un danno effettivo al minore, e apporti una diminuzione al patrimonio di lui; e che gli atti, dai quali possa derivare anche solo indirettamente una disposizione della sostanza patrimoniale, non sono veramente compresi nella semplice amministrazione, nè quindi generalmente il padre, amministratore legale, ha per tali atti libera facoltà, ma è invece soggetto all'autorizzazione del tribunale civile. Le circostanze predette non sono però che casi di eccezione; mentre generalmente — ed è appunto ciò che più frequentemente si verifica, che dev'esser preso in considerazione dalla legge — l'accettazione sotto benefizio d'inventario preserva il minore da qualunque danno derivabile dall'assumere la qualità d'erede, e si risolve sostanzialmente in un *mezzo di conservazione* dei diritti che dalla successione gli sono attribuiti, dei beni che da essa gli possono provenire. Diciamo che è un mezzo di conservazione piuttostochè di acquisto dei diritti successorii; perchè questi sono conferiti di pien diritto dalla legge all'erede, quale che esso sia, ed egli fin dal momento dell'apertura dalla successione ha già acquisito, senza bisogno che concorra la sua volontà, anche a propria insaputa, la proprietà ed il possesso civile dei beni ereditari (art. 925 cod. civ.). Però il concorso della sua volontà, o espressa o tacita, è necessario affinchè si renda definitivo nell'erede l'acquisto dei diritti successorii, dei quali, come di un vantaggio riguardante il suo solo privato interesse, egli

dev'essere ammesso a potersi spogliare colla rinunzia. Così coll'accettare puramente e semplicemente o sotto benefizio d'inventario, l'erede non fa altro insomma che confermare definitivamente, in modo puro e semplice, o in modo condizionato col benefizio dell'inventario, la traslazione, già in lui operata per virtù di legge, della proprietà e del possesso dei beni ereditari, e spogliarsi della facoltà di ulteriormente rinunziarvi.

Può darsi che il genitore, al quale spetterebbe di accettare con benefizio d'inventario la eredità devoluta al figlio soggetto a patria potestà, o non lo possa per qualcuno di quegli ostacoli di fatto o di diritto, dai quali vedemmo in generale derivare impedimento all'esercizio della patria potestà, oppure non lo voglia. Allora non dovrebbe certo farsi luogo ugualmente in qualunque caso all'accettazione benefiziaria da farsi da altri in rappresentanza del figlio. Possono esservi motivi ragionevoli per preferire senz'altro di rinunziare all'eredità; e in ogni modo, se il padre si limiti ad opporre una resistenza passiva all'accettazione, che spetterebbe a lui di fare, è giusto sentirne da lui stesso i motivi e considerarli prima di prendere una determinazione contraria. Ma precludere assolutamente l'adito all'accettazione dell'eredità in favore del figlio, per ciò solo che il padre non possa o non voglia prestarsi all'atto relativo, sarebbe irragionevole, sarebbe contrario all'interesse del figlio, che la legge doveva avere principalmente in vista.

Da ciò è motivata la disposizione dell'art. 226, § 2:

" Se il padre non possa o non voglia accettarle (le ere-
" dità devolute ai figli soggetti alla patria potestà) il tri-
" bunale, a richiesta del figlio o di alcuno dei parenti, od
" anche sull'istanza fatta d'uffizio dal procuratore del re,
" potrà autorizzarne l'accettazione, premessa la nomina
" di un curatore speciale e sentito dal padre ".

Il testo è di per sè abbastanza chiaro. Tuttavia vi è qualche riflessione da fare, che non reputiamo del tutto superflua.

E innanzi tutto, quanto ai casi nei quali possa farsi luogo all'applicazione di questa disposizione, ci par chiaro che con quelle parole — *se il padre non possa* accettare l'eredità — s'intenda di riferirsi a quegli ostacoli che formino impedimento *all'atto speciale dell'accettazione* della eredità nello interesse del figlio, piuttostochè a quelli i quali si oppongano generalmente all'esercizio della patria potestà, quando almeno sia superstite e capace la madre, alla quale questo esercizio deve in tali casi passare. Supponiamo, per es., che per assenza o per interdizione, o per semplice lontananza o per infermità di mente per la quale non sia ancora stata pronunciata l'interdizione, il padre *non possa* rappresentare il figlio. Sarà caso di dover senz'altro applicare l'art. 226, § 2? Bisognerà distinguere. Se la madre è superstite e capace, spetterà a lei invece del padre l'accettare con beneficio d'inventario l'eredità devoluta al figlio, nè potrà avere applicazione a questo caso il procedimento stabilito dall'art. 226, § 2. Si tratta di ostacoli o di fatto o di diritto, che non impediscono al padre quel solo atto speciale dell'accettazione d'eredità, ma generalmente l'esercizio della patria potestà; e questo esercizio, in virtù del disposto dell'art. 220, § 3, passa quindi alla madre, con tutti gli attributi che ne sono proprii, epperò anche per quello relativo alla facoltà di accettare eredità. Se poi la madre sia premorta o incapace, bisogna distinguere di nuovo. Si è fatto luogo pel figlio all'aprimento della tutela, a norma dell'art. 241 cod. civ.? E allora è l'art. 296, che dev'essere osservato per l'accettazione ereditaria. Il figlio non è in istato di tutela? E in tal caso vale la regola dell'art. 226, § 2.

Ma può anche darsi, come accennammo, che si tratti d'un ostacolo speciale, che impedisca al padre il solo atto di accettare pel figlio l'eredità a lui devoluta. Il padre, per esempio, sarebbe stato chiamato egli stesso a quell'eredità, ma ne è escluso come indegno, e l'eredità si devolve al figlio, secondo l'articolo 728 cod. civ. Il padre non può

certamente rappresentare il figlio in quest'atto di accettazione, nel quale si troverebbe in *conflitto d'interessi* con lui. E nonostante vi sia la madre capace, non potrebb'ella essere ammessa a rappresentare il figlio in un interesse opposto a quello del padre, secondo la massima generale risultante in proposito dall'art. 224, § 3. Sarà dunque allora senza dubbio il procedimento stabilito dall'art. 226, § 2, che dovrà essere seguito.

Nei casi sopraddetti d'impotenza o di renitenza del padre ad accettare l'eredità pel figlio, sono ammessi a fare istanza per tale accettazione i parenti di lui, senza distinzione di linea nè di grado, ed il pubblico ministero. Ciò è conforme al sistema adottato dalla nostra legge anche per altri casi, nei quali si presenti la necessità o l'opportunità di procedere nell'interesse del figlio contro il padre (art. 221, § 2, e 233 cod. civ.); come si viene a fare in certo modo anche nel caso in cui si domanda che sia accettata nell'interesse del figlio una eredità che il padre *non voglia* accettare. Noteremo soltanto che la legge non fa qui menzione, come nell'art. 233, *dei parenti più vicini;* cosicchè sembra da ritenersi che anche essendovi presenti e capaci parenti più prossimi, non sia vietato ai parenti più remoti del figlio di poter fare la istanza. Ma, a differenza degli altri casi, è permesso al figlio medesimo minore di età di fare quella istanza: sia per guarentir meglio l'interesse di lui, sia perchè non si tratta qui di porsi in diretto conflitto col padre, ma solo di rendere effettuabile un atto che egli non può fare, o non vuole, non forse per mal animo o capriccio, ma per una convinzione sbagliata.

L'accettazione deve essere autorizzata dal tribunale, ma l'atto relativo deve essere fatto da un curatore speciale nominato dal tribunale stesso. — E questa nomina deve essere *premessa alla autorizzazione della accettazione;* sicchè l'ufficio del curatore speciale non si limita alla sola rappresentanza del minore nell'atto di accettare, ma

consiste anzi, prima di tutto, nell'esaminare se l'accettazione convenga, e in caso fare istanza per esservi autorizzato; rimanendo, ben s'intende, responsabile il curatore se omettendo di fare l'istanza pregiudicasse all'interesse del minore.

Prima ancora di concedere l'autorizzazione, il tribunale deve sentire il padre intorno ai motivi che possono consigliare la non accettazione della eredità; e ciò, come è evidente, pel solo caso in cui la causa del doversi ricorrere a questo speciale provvedimento sia il *rifiuto* del padre ad accettare l'eredità pel figlio, non quando ne fosse causa l'impotenza in cui egli si trovasse, per impedimento di diritto o di fatto, a rappresentare il figlio nell'atto di accettazione.

207. A differenza della successione universale, o legittima o testamentaria — nella quale, come osservammo nel numero precedente, il diritto ereditario è acquisito in favor dell'erede, per virtù diretta della disposizione della legge, sino dal tempo in cui la successione si è aperta, e l'accettazione non ha altro scopo che di confermare definitivamente la traslazione della proprietà e del possesso dei beni ereditari, e di spogliarsi della facoltà d'una ulteriore rinunzia — la donazione invece non è perfetta, non produce veruno effetto giuridico, se non *dal giorno in cui viene accettata* (art. 1057 cod. civ.). Se la donazione sia fatta a profitto d'un minore soggetto a patria potestà, non è a domandarsi a chi spetti di fare il necessario atto di accettazione. La risposta è troppo evidente: spetta al genitore che esercita le patria potestà, ed al quale la legge conferisce il mandato di *rappresentare il figlio in tutti gli atti civili*. Ben però potrebbesi dubitare se in teoria fosse da reputare necessaria a tal uopo pel genitore una qualche formalità abilitante. Qualora la donazione fosse pura e semplice, ogni ragione di dubbio sarebbe facilmente rimossa. L'accettare la donazione sarebbe un mero bene-

fizio pel figlio; nessun danno, nessuna diminuzione di patrimonio ne potrebbe derivare, neppure indirettamente, e coll'accettazione non si farebbe che rendere definitivamente efficace un aumento di patrimonio, al quale la liberalità altrui costituisce titolo in favore del figlio; e sotto questo aspetto potrebbe tale atto parificarsi a quelli di conservazione dei diritti del figlio medesimo, pei quali ha sempre facoltà libera di rappresentarlo il genitore esercente la patria potestà.

Ma potrebbe dirsi altrettanto se alla donazione fossero imposti oneri da adempirsi dal donatario? Pel tutore la legge ha stabilito espressamente ch'egli *non possa senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia accettare donazioni soggette a pesi o condizioni* (art. 296 cod. civ.); e così ha dimostrato di considerare una tale accettazione come *atto eccedente l'amministrazione ordinaria*. Ha taciuto su ciò negli articoli che risguardano l'esercizio dell'amministrazione dipendente dalla patria potestà; ma pure ha stabilita la massima generale che il padre *non possa contrarre alcuna obbligazione, che ecceda i limiti della semplice amministrazione, se non vi sia autorizzato dal tribunale civile*. E non si contrae forse una simile obbligazione coll'assumere, accettando la donazione, gli oneri che vi siano apposti? Chi potrebbe sostenere che coll'assoggettarsi a tali pesi, talora gravosissimi, non si facesse che un atto di amministrazione ordinaria? Per verità se si dovesse decidere la questione colla sola scorta dei principii generali e delle disposizioni che si trovano scritte in questo titolo del codice, *della patria potestà*, reputeremmo ottimamente fondata la massima che all'*accettazione di una donazione soggetta a pesi o condizioni* fosse applicabile la disposizione generale dell'art. 224, secondo la quale per tutti gli atti eccedenti l'amministrazione ordinaria si richiede l'autorizzazione del tribunale civile. Ma non possiamo dispensarci dal consultare anche le disposizioni particolari, che la legge ha date nel titolo *delle donazioni;* e vi troviamo

l'art. 1059, nel cui primo paragrafo è stabilita la regola generale che " *la donazione fatta ad un minore non emancipato* o ad un interdetto *sarà accettata dal padre* o " dal tutore „ Poi nei due paragrafi successivi si dichiara *necessaria l'autorizzazione del tribunale civile* nei casi, in cui non essendo accettata dal padre la donazione fatta al figlio, facciano istanza per tale accettazione la madre o gli altri ascendenti, o in cui vi sia donante il padre stesso.

L'essere in questi casi di eccezione richiesta la formalità abilitante dell'autorizzazione, non conferma forse la regola, apparente già dalle espressioni generali ed assolute del primo paragrafo, che il padre possa sempre, senz'alcuna distinzione di casi, accettare la donazione fatta al figlio soggetto alla sua potestà, senza bisogno di chiederne autorizzazione al tribunale? Reputiamo manifesta una tale intenzione del legislatore. D'altronde non mancano buone ragioni per giustificarla: l'essersi stimata sufficiente pel tutore l'autorizzazione del consiglio di famiglia, al quale il genitore esercente la patria potestà non fu sottoposto; l'incongruenza che si commetterebbe richiedendo una formalità tanto più rigorosa, quale sarebbe l'autorizzazione del tribunale civile, pel padre, nel quale è ragionevole riporre una fiducia assai maggiore per la più diligente protezione degl'interessi del figlio; l'interesse del medesimo genitore a ben ponderare la convenienza di accettare una donazione gravata di oneri, i quali ricadono anche a danno personale di lui per l'usufrutto che gli spetta in generale sui beni acquistati dal figlio a titolo lucrativo; la considerazione che i casi più frequenti saranno di donazioni pure e semplici, ed anche nei casi eccezionali in cui siano gravate di oneri, rimarrà sempre un'utilità reale nell'accettare la donazione, la quale, fatta ad un minore, non è prevedibile che sia diretta ad altro scopo che di beneficenza verso lui, nè quindi è supponibile che copra sotto apparenza di simulata liberalità un contratto oneroso; e che, quando

ciò si verificasse, potrebbe sempre essere impugnato come nullo l'atto del genitore, appunto perchè sotto forma di accettazione d'una liberalità conterrebbe realmente un contratto a titolo oneroso, col quale sarebbero assunte obbligazioni eccedenti i limiti dell'amministrazione. Tutte queste riflessioni non ci lasciano dunque alcun dubbio sulla massima che le donazioni fatte a profitto del minore soggetto a patria potestà, ancorchè sottoposte a pesi o condizioni, possano essere accettate dal padre, o in sua mancanza dalla madre, alla quale a norma di legge sia passato l'esercizio della patria potestà, senzachè debba intervenire l'autorizzazione del tribunale civile.

Come il § 2 dell'articolo 226 provvede, con disposizioni che abbiamo sopra esaminate, al caso in cui il padre non possa o non voglia accettare l'eredità devoluta al figlio soggetto a patria potestà, così il caso stesso è regolato per le donazioni nell'art. 1059. E quantunque non sia qui luogo di occuparci di questa disposizione, la quale appartiene al titolo delle donazioni, stimiamo tuttavia di non poter prescindere dal rilevare sin d'ora qualche notevole differenza in confronto appunto delle norme stabilite per l'accettazione delle eredità devolute al figlio. Per esse è solo quando il padre non possa o non voglia accettarle, che i parenti di qualunque linea e grado, o il pubblico ministero, possono presentare istanza affinchè l'accettazione si faccia coll'autorizzazione del tribunale per opera di un curatore speciale da nominarsi dal tribunale stesso; e il padre deve sempre essere sentito. Invece per le donazioni fatte al minore soggetto a patria potestà, la legge non provvede soltanto al caso in cui il padre, che potrebbe accettare la donazione, vi si rifiuti; nè è necessario assolutamente che il padre medesimo sia sentito. Basta solo che egli ometta l'accettazione, perchè la madre o gli altri ascendenti possano presentare istanza al tribunale ond'essere autorizzati a fare essi stessi quell'accettazione nell'interesse del figlio. La nomina di un curatore speciale

può esser fatta dal tribunale se la reputi opportuna, ma non è indispensabile. Il tribunale può eziandio, se lo stimi conveniente, sentire il padre intorno ai motivi pei quali si astenga dall'accettare la donazione pel figlio, ma ciò non è imposto dalla legge.

I parenti, diversi dagli ascendenti, non sono contemplati nell'art. 1059, come non vi è parlato del ministero pubblico. Siccome però potrebbe accadere che in mancanza della madre o di altri ascendenti rimanesse indifeso l'interesse del figlio contro la negligenza o la mala fede del genitore esercente la patria potestà, il quale omettesse di accettare la donazione; siccome, d'altra parte, l'art. 233 concede facoltà ai parenti più prossimi del minore ed anche al ministero pubblico di fare ricorso al tribunale contro il genitore che trascuri i proprii *doveri* di patria potestà, e attribuisce al tribunale il potere di dare *qualunque provvedimento che stimi conveniente nell'interesse del figlio;* parrebbe dunque che i parenti predetti e il pubblico ministero potessero anche ricorrere contro la trascuranza del genitore, nel non accettare la donazione fatta al figlio, e il tribunale potesse provvedere nominando, giusta l'art. 1059, § 3, una persona che autorizzasse per tale accettazione.

Il codice nostro, che ha avuto cura di regolare con disposizioni espresse nell'art. 226 l'accettazione delle eredità devolute ai figli minori e non emancipati, e nell'articolo 1059 l'accettazione delle donazioni fatte in favore dei figli medesimi, non ha poi dettato nessuna regola speciale quanto all'accettazione dei legati, che siano stati disposti pei minori soggetti a patria potestà; mentre per la tutela, colla disposizione dell'art. 296, § 1, è venuto implicitamente ad ammettere che il tutore possa da solo accettare validamente i legati fatti a favore del tutelato purchè siano *puri e semplici*, giacchè ha richiesta l'*autorizzazione del consiglio di famiglia* solo pel caso che si tratti di accettare *legati soggetti a pesi o condizioni*. In ordine

all'accettazione dei legati disposti a favore d'un minore soggetto a patria potestà, quali norme si dovranno dunque seguire? Sarà applicabile l'art. 226, relativo all'accettazione delle eredità? O l'art. 1059 concernente l'accettazione delle donazioni? O varranno le stesse regole che risultano dall'art. 296 per la tutela? O, in fine, quali altri principii dovranno servire di guida?

Bisogna tener conto delle gravi differenze fra le disposizioni testamentarie a titolo particolare, che costituiscono i *legati*, e le successioni ereditarie a titolo universale da una parte, e le donazioni dall'altra, anche in rapporto alla loro accettazione.

Nelle donazioni, come notammo sopra, l'accettazione è un elemento essenziale della loro perfetta formazione giuridica; e se l'accettazione segua separatamente per atto posteriore alla donazione, gli effetti di questa non retroagiscono al giorno in cui essa è stata fatta, ma cominciano soltanto *dal giorno dell'accettazione stessa* (art. 1057 cod. civ.).

Nelle successioni ereditarie a titolo universale, siano poi legittime o testamentarie, il diritto dell'erede è già perfettamente acquisito, per virtù diretta della legge, fin dal momento in cui la successione è aperta; l'accettazione — che se l'erede sia minorenne non può mai esser fatta validamente se non con benefizio d'inventario — serve soltanto a confermare definitivamente la trasmissione della proprietà e del possesso dei beni ereditari nell'erede, e vale come abdicazione della facoltà di rinunziare; l'effetto dell'accettazione è quindi necessariamente retroattivo, *risalendo al giorno in cui si è aperta la successione* (art. 933, § 1, cod. civ.).

Nei legati particolari il diritto del legatario a conseguire la cosa legata è parimente acquisito, per virtù della disposizione testamentaria combinata con quella della legge, fino dal giorno dell'aperta successione (articolo 862 codice civile); l'accettazione non è dunque neppur qui

necessaria per attribuire efficacia giuridica al legato, ma solo perchè è indispensabile il concorso della volontà del legatario affinchè si trasmetta effettivamente in lui il diritto alla cosa legata, niuno potendo esser costretto a ricevere un benefizio. Quest'accettazione però non è regolata con disposizioni speciali dalla legge, come fu fatto per l'accettazione delle eredità. Vale quindi soltanto il principio generale, che occorre una *manifestazione di volontà* del beneficato acciocchè gli sia conferito effettivamente il benefizio della liberalità disposta in suo favore, e che questa manifestazione di volontà può essere tanto *espressa* quanto *tacita*. L'espressa può esser fatta in qualunque forma che sia permessa secondo le regole generali; chè certamente non potrebbe qui esser caso di quelle forme le quali sono prescritte per l'*accettazione con benefizio d'inventario*, mentre questa istituzione suppone essenzialmente una successione ereditaria *a titolo universale;* nè potrebbero pure essere applicabili le forme speciali dell'*accettazione pura e semplice dell'eredità* (art. 934 cod. civ.), poichè essendo queste disposizioni *eccezionali*, derogatorie ai principii generali, non possono estendersi oltre al caso espressamente contemplato. L'accettazione *tacita* poi può risultare *da qualunque atto o fatto che presupponga necessariamente la volontà di accettare il legato, e che non si avrebbe il diritto di fare se non in qualità di legatario*. E siccome nel legato, a differenza della successione a titolo universale, il possesso dei beni non passa *di diritto* nella persona beneficata, ma è necessario che *il legatario domandi all'erede il possesso della cosa legata* (articolo 863, confr. articolo 925 codice civile), così il fatto stesso d'istituire questa domanda per la consegna della cosa legata vale di per sè come *accettazione*.

Che spetti al genitore esercente la patria potestà l'accettare il *legato puro e semplice*, che sia stato disposto in favore del figlio minore, senza che occorra di dover riportare per ciò veruna autorizzazione, sarebbe strano il

dubitare. Ciò è ammesso per l'accettazione delle eredità, la quale nonostante che debba farsi col benefizio dell'inventario, può in qualche caso apportare pericolo per la sostanza stessa patrimoniale del figlio (1); è ammesso per l'accettazione delle donazioni. Perchè dunque non si ammetterebbe altrettanto per l'accettazione d'un legato *puro e semplice*, mentre esso non costituisce che un mero benefizio pel minore, non può produrre a danno di lui neppure indirettamente nessuna diminuzione di patrimonio e può quindi parificarsi, fino a certo punto, ad un *atto conservatorio?* Supponiamo ora che si tratti d'un legato *soggetto a pesi e condizioni*. È vero che l'assumere questi oneri in conseguenza dell'accettazione del legato dovrebbe teoricamente considerarsi come *atto eccedente la semplice amministrazione*. Ma il ritenere per ciò applicabile l'art. 224, § 2, e necessaria quindi l'autorizzazione del tribunale, ci parrebbe in contraddizione cogl'intendimenti manifestati dal legislatore nella disposizione dell'art. 1059 relativo all'accettazione delle donazioni, disposizione che riconoscemmo giustificata da gravissime considerazioni. Quale differenza vi è infatti per l'interesse del minore — la cui protezione è il solo scopo della legge in questa materia — tra l'accettare una donazione o un legato che siano soggetti a pesi o condizioni? Lo stesso legislatore ha dimostrato nell'art. 296 di porre perfettamente a pari l'uno e l'altro atto, assoggettandoli amendue, per parte del tutore, alla stessa formalità abilitante dell'autorizzazione del consiglio di famigila. Or come mai, trattandosi della patria potestà, potrebbesi porre tra questi due atti una tanta differenza, ritenendo libero affatto il padre nell'accettare una donazione soggetta a pesi o condizioni, e vincolato invece da una forma abilitante assai più rigorosa di quella prescritta al tutore, quale sarebbe l'autorizzazione del tribunale civile, per accettare un legato soggetto a pesi o

---

(1) V. sopra, n. 206, pag. 490.

condizioni? D'altro lato il modo di accettazione dei legati è generalmente quello, come accennammo, che risulta implicitamente dalla domanda fatta all'erede per ottenere il possesso della cosa legata. E in questa istanza il genitore è fuor di dubbio completamente dispensato da ogni forma abilitante; poichè come dimostrammo, egli non abbisogna di alcuna autorizzazione per rappresentare il figlio, sia poi come attore o come convenuto, in qualsiasi atto giudiziale (1). Concludiamo pertanto che nell'accettazione di legati disposti a favore del figlio soggetto a patria potestà, il genitore che la esercita agisce per autorità propria indipendentemente da qualunque formalità abilitante.

Resta da occuparci dei casi nei quali il genitore o *non possa* fare atto di accettazione del legato devoluto al figlio, o vi si rifiuti, o semplicemente se ne astenga. Varranno allora le regole dell'art. 226, § 2? O quelle dell'articolo 1059, § 2? Riterremmo inapplicabili sì le une che le altre. Non può farsi paragone tra l'accettazione d'una eredità, d'una successione universale, e quella d'un semplice legato. La disposizione dell'art. 226, § 2, non può d'altronde estendersi, appunto perchè eccezionale, ad un caso diverso e tanto diverso da quello che vi è contemplato. Le forme solenni, che quest'articolo stabilisce per supplire alla mancanza del padre nell'accettare una eredità, mal si converrebbero all'accettazione d'un semplice legato, talora di lieve importanza. Sarebbe poi inammissibile che analogamente al disposto dell'art. 1059, § 2, la madre e gli altri ascendenti potessero farsi autorizzare dal tribunale ad accettare il legato. Potrebbero essi dunque, in base a quest'autorizzazione, agire anche contro l'erede per ottenere il possesso della cosa legata? Ciò sarebbe irrecusabile quando si ammettesse che potessero accettare il legato, mentre è anche un modo di accetta-

(1) V. sopra, n. 195, pag. 443 e seguenti.

zione, come accennammo, il domandare il possesso della cosa legata. E d'altro lato, a che gioverebbe pel minore legatario che nell'interesse di lui si facesse un atto di accettazione, a cui il padre si ricusasse, quando poi le altre persone autorizzate a quell'atto non avessero le facoltà opportune per procurargli il possesso della cosa legata? Ma d'altronde il conceder loro questa facoltà sarebbe troppo evidentemente lesivo degli attributi della patria potestà; imperciocchè finchè questa duri, e salve le eccezioni espresse dalla legge, spetta soltanto a chi ne è investito la rappresentanza del figlio nell'esercizio dei diritti e delle azioni che a lui competano.

Diremo per questo che nessun rimedio vi sia pei casi in cui il genitore non possa o non voglia accettare i legati devoluti a favore del figlio soggetto a patria potestà? Se così fosse, l'interesse del figlio sarebbe improvvidamente abbandonato; ma così non è, perchè soccorrono abbastanza alla protezione di lui i principii generali.

Se il padre sia posto, per qualsiasi ostacolo di fatto o di diritto, nell'impossibilità di esercitare l'ufficio della patria potestà sua accettando pel figlio i legati a lui devoluti, subentrerà la madre nell'esercizio della patria potestà, o il tutore, se siasi fatto luogo all'aprimento della tutela, od altrimenti si nominerà un *tutore temporaneo*, secondo le norme che a luogo opportuno abbiamo esposte (1). Se poi il padre non prestandosi all'accettazione, che potrebbe e dovrebbe fare, pregiudichi così all'interesse del figlio, sarà questo un caso di *trascuranza dei proprii doveri*, che potrà essere considerato come *abuso della patria potestà*, e far luogo quindi all'applicazione dell'art. 233 cod. civile; colla facoltà ai parenti ed anche al ministero pubblico di farne oggetto d'un ricorso al tribunale, ed a questo di poter dare *qualunque provvedimento stimi opportuno nell'interesse del figlio*, e fra gli altri anche quello di nominare

---

(1) V. sopra, n. 154, pag. 330.

un curatore, autorizzandolo ad accettare il legato nell'interesse del figlio ed a fare, occorrendo, gli atti necessari contro l'erede per ottenere il possesso della cosa legata.

208. L'alienazione di *beni mobili corporali* è da comprendersi tra gli atti di amministrazione semplice? Era questo un punto gravemente controverso nella dottrina francese. Alcuni autori insegnavano che il padre potesse liberamente vendere i mobili del figlio soggetto alla sua potestà, senz'esser tenuto all'adempimento di nessuna formalità abilitante, senza nemmeno dover osservare quelle forme estrinseche, di previe pubblicazioni e d'incanto tenuto da un ufficiale pubblico, che erano ordinate per la vendita di mobili appartenenti a minori soggetti a tutela.

Osservavano che l'alienazione dei mobili, per convertirli in valori fruttiferi, è per sè stesso un atto di buona amministrazione; che la legge non prescrivendo al padre la osservanza di nessuna norma speciale, era da ritenersi che se ne fosse rimessa alla prudenza ed all'affetto di lui, per effettuare l'alienazione e determinarne il modo e la forma secondo ciò che reputasse più utile pel figlio; che poi la legge stessa avendo permesso al marito, come amministratore dei beni particolari della moglie vivente con lui sotto il regime della comunione, di poter alienare i beni mobili senza neppure ottenere il consenso della moglie stessa, non si sarebbe vista ragione perchè il padre non fosse parimente autorizzato a vendere con uguale libertà i beni, da lui amministrati, del figlio (1).

Da un altro autore fu vivamente censurata questa teoria. L'alienazione, egli disse, quali che siano i beni che ne formino oggetto, è essenzialmente un *atto di proprietà*, non di semplice amministrazione. Il solo proprietario ha la facoltà di disporre, come uno degli attributi del dominio

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 436-437; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 123, n. 40.

che gli appartiene sulla cosa. L'amministratore non può avere il diritto di disporre della cosa ch'egli amministra; per la semplice ragione che egli non ne ha la proprietà e che la stessa qualità sua gl'impone essenzialmente l'*obbligazione di restituire la cosa* al proprietario nel cui interesse l'amministra. La legge avrebbe potuto disporre altrimenti rispetto al padre; ma non lo ha fatto. E nel silenzio della legge dove trovare un principio giuridico che attribuisca a lui, semplice amministratore, il potere illimitato di alienare i beni, siano pure i mobili, del figlio ? (1).

Anche presso di noi la questione è stata presentata come disputabile da quell'eminente giureconsulto che è il *Borsari*. L'autore comincia dal trattarla teoricamente, e sembra propenso ad ammettere che al padre dovesse concedersi la facoltà di far vendere i mobili del figlio, senza essere impacciato dall'osservanza obbligatoria di forme abilitanti od estrinseche. Appoggia questa tesi anche alla tradizione giuridica circa l'amministrazione tutoria; citando in proposito alcune leggi romane, e osservando che se per esse ritenevasi che *la vendita dei mobili entrasse nei doveri del tutore e potesse effettuarsi senz'uopo di decreto*, a maggior ragione dovrebbe ciò essere permesso al padre. Ma discendendo poi al diritto positivo attuale l'autore riconosce " in " massima *non potersi convenire che il padre amministratore* " *possa far vendere i mobili di propria autorità* „. Senonchè proponendosi in seguito di stabilire le conseguenze giuridiche derivabili dall'applicazione della predetta massima, viene in questa sentenza: che " *i mobili venduti non sono* " *rivendicabili dalle mani dei terzi acquirenti*, e *l'effetto si* " *riduce* a questo, che il padre dovrà renderne conto; se " proverà di aver fatta cosa utile non gli sarà posto " in debito; se per caso la vendita sarà censurabile nel " prezzo, non essendo stato autorizzato dal tribunale, dovrà

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 179, pag. 236; t. IV, n. 305, pag. 406, n. 311, pag. 412.

" indennizzarne il figlio secondo ragione „ (1). Se questa ultima opinione dell'egregio autore fosse vera, ci parrebbe che ne risultasse la distruzione completa della massima da lui precedentemente professata.

Ritenuta l'incapacità del genitore ad alienare senza autorizzazione i mobili appartenenti ai figli soggetti alla sua potestà, deve seguirne inevitabilmente la *nullità* degli atti di vendita fatti in contravvenzione alla legge. Lo accertano i principii più fondamentali di diritto; lo conferma la disposizione espressa dell'art. 227 cod. civ. E tale nullità, che secondo il predetto articolo e secondo ragione non è che *relativa*, e non può quindi essere opposta che dal padre o dal figlio e dai suoi eredi od aventi causa, contro chi mai potrebb'essere opposta se non *contro l'acquirente che ha nullamente contrattato?* Dire che *il mobile venduto non è rivendicabile dalle mani del terzo acquirente*, è quanto negare la nullità della vendita, il che è contro i principii e contro il testo della legge. Ma — dice l'autore — " la " qualità di padre ed amministratore, di chi ha fatto la " vendita dei mobili, se non lo esonera di responsabilità, " *è causa per certo di buona fede nei terzi acquirenti che* " *hanno pagato il prezzo* „. Pensiamo che in questa proposizione vi sia un equivoco, che importa di dissipare. Non è negabile certamente che anche l'acquirente di mobili, appartenenti al figlio minore e venduti illegalmente dal padre, possa approfittare del benefizio dell'art. 707 codice civile, secondo cui " riguardo ai beni mobili per loro na- " tura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore " dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo „. Poniamo che chi ha acquistato i mobili del minore dal padre, li abbia rivenduti ad un terzo, il quale abbia ignorato, comprando, l'origine illegittima di quella trasmissione di proprietà dei mobili. Ovvero anche supponiamo che il padre abbia venduti *come proprii* i mobili del minore, e il terzo li

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, § 520 (*d*), pag. 819.

abbia acquistati *in buona fede*, credendo, cioè, che appartenessero realmente al padre. Non v'è dubbio allora sull'applicabilità dell'art. 707. Ma se all'opposto il padre ha venduto i mobili *come appartenenti al figlio minore*, e il terzo li ha acquistati sapendo di questa circostanza, non potrà egli per certo allegare *la buona fede*, nè quindi invocare il benefizio dell'articolo 707; non essendogli lecito addurre l'ignoranza della legge d'ordine pubblico, che vietava l'alienazione di quei beni del minore se non v'intervenisse l'autorizzazione giudiziaria. Allora pertanto contro questo terzo acquirente potranno essere rivendicati i mobili, nell'interesse del figlio minore, a nome del quale furono illegalmente venduti; e se fosse altrimenti, ripetiamo, non sarebbe neppur più vero che il padre *non avesse capacità ad alienare i mobili del figlio di propria autorità*, e che perciò la vendita arbitrariamente fatta fosse *nulla*. L'egregio autore afferma che tutto l'effetto dell'incapacità e nullità predette debba ridursi alla *responsabilità del padre verso il figlio, pel caso che la vendita sia censurabile nel prezzo*. Ma questo pure ci sembra un nuovo equivoco. La responsabilità del padre, come amministratore legale, per gli atti dannosi all'interesse del figlio, non può essere speciale effetto della nullità degli atti che egli abbia operati illegalmente, poichè sta ugualmente anche per quelli che abbia compiuti entro i limiti delle facoltà concessegli dalla legge, ma in modo pregiudizievole all'interesse del figlio e per non avere usata la diligenza che sarebbe convenuta ad un buon padre di famiglia.

Chiarito, o almeno così ci sembra, questo punto speciale, resta però sempre il quesito principale: l'alienazione dei mobili del minore è da annoverarsi tra gli atti di amministrazione semplice, o tra quelli che la eccedono?

Anche studiando la questione sotto l'aspetto puramente teorico, non ci parrebbe accettabile così assolutamente la prima opinione. L'atto di alienazione, per la stessa sua intrinseca natura, qualunque sia il bene, o immobile o

mobile, che ne formi oggetto, non può reputarsi compreso nelle attribuzioni del semplice amministratore.

È essenzialmente — come osserva giustissimamente il Laurent — un *atto di proprietà*, che quindi non può effettuarsi se non dal proprietario stesso o da chi possa rappresentarlo in ciò legittimamente, per facoltà *espressamente attribuitane* o in un mandato convenzionale o per disposizione speciale di legge. Ciò per principio generale; chè sarebbe errore il pensare non potervi essere, *quanto ai beni mobili*, certi atti di disposizione, i quali eccezionalmente abbiano a considerarsi come attinenti alle facoltà del semplice amministratore, come necessari anzi e doverosi in una buona amministrazione ordinaria. Chi vorrebbe negare questa qualificazione, per esempio, alla *vendita dei frutti* prodotti dai beni del minore? E quand'anche si tratti di beni mobili formanti parte della sostanza capitale di lui, se siano di quelli destinati ai servigi necessari per l'azienda del patrimonio, che perciò si acquistano e si alienano man mano che lo richiedano o lo consiglino le occorrenze dell'economia domestica, della condotta dei fondi, dell'amministrazione, non par dubbio che gli atti di disposizione relativi a questi beni, purchè conformi appunto alle occorrenze dell'amministrazione ordinaria, debbano considerarsi come compresi in essa. Non esiteremmo, per esempio, a riguardare come atto di amministrazione semplice la vendita di *animali addetti alla cultura*, che secondo le regole di buona e saggia amministrazione convenisse di alienare o sostituire con altri, quantunque questi animali, finchè restino addetti alla cultura del fondo siano anzi considerati dalla legge come *immobili per destinazione* (articolo 413 cod. civ.). Può esservi ancora un'altra cagione per qualificare eccezionalmente come atto di amministrazione semplice un'alienazione di beni mobili: quando essi siano soggetti a così facile deperimento o deteriorazione, e sia perciò così urgente l'alienarli, che la prudenza di buon padre di famiglia non permetta di differire fino a che

possano esser compiute le formalità che la legge prescrive in via ordinaria per la validità dell'alienazione. Allora il procedere senza dilazione alla vendita è necessario *per la conservazione stessa* di valori che formano parte integrante della sostanza appartenente al minore; e sotto tale aspetto entra non solo nelle facoltà, ma nei doveri dell'amministratore. Si tratta dunque in tale ipotesi d'un *atto d'amministrazione semplice*. Ma fuori di questi casi eccezionali, l'alienazione anche dei mobili non può essere considerata in teoria se non come un atto, qual'è, di disposizione, che trascende i poteri d'un semplice amministratore.

Studiamo ora la questione secondo il diritto positivo.

È noto quali massime fossero stabilite in proposito per l'amministrazione tutoria dal diritto romano.

Si distinguevano i *mobili preziosi* — che potevano essere conservati senza pericolo di deperimento o notevole deteriorazione e senza dispendio — dai mobili non preziosi, che non potevano essere conservati senza pericolo di deteriorazione o senza grave spesa e per mera voluttà.

Pei primi non si ammetteva l'alienazione se non per giusta causa da riconoscersi dal giudice, il cui decreto era indispensabile.

Per gli altri era ammesso all'opposto che il tutore o curatore potesse alienarli senza decreto del giudice; si citavano ad esempio le *vesti* che deperiscono per l'uso, e gli *animali superflui* (L. 22, cod. *de admin. tut. vel cur.*); e Giustiniano aggiunse ancora i *frutti* e *redditi* di qualunque specie (L. ult., cod. *eod. tit.*).

L'alienazione di questa seconda categoria di beni mobili era dunque considerata come *atto di semplice amministrazione*.

Può dirsi che altrettanto sia stato ritenuto nella legislazione nostra, rispetto all'amministrazione legale del genitore esercente la patria potestà? Vediamo.

Nell'art. 224, § 2, del nostro codice noi abbiamo una disposizione generale, la quale vieta al padre di " *alienare*

" *i beni del figlio* se non per cause di necessità o utilità " evidente, e mediante l'autorizzazione del tribunale " civile. „ Non vi si fa distinzione tra beni immobili e mobili. È chiaro dunque che anche a questi ultimi è applicabile, in generale, la stessa regola; e che la loro alienazione non può certamente considerarsi come *atto di semplice amministrazione*, stante perciò nelle facoltà libere dell'amministratore legale. Se ciò abbisognasse di conferma, la troveremmo pure nella medesima disposizione, che richiede l'autorizzazione del tribunale civile anche perchè il padre possa *dare a pegno i beni del figlio;* e la costituzione di pegno non può farsi che su cose *mobili*, ed è certamente assai meno di un'alienazione, alla quale non può che imperfettamente assomigliarsi.

Nell'art. 225 poi troviamo bensì riprodotta la distinzione insegnata dal diritto romano tra i beni mobili che sono o non *soggetti a deteriorazione:* non però per lasciar libera all' amministratore legale l' alienazione di quei mobili tutti che non possano essere conservati senza pericolo di deperimento, ma solo per assoggettarla ad una formalità meno rigorosa, qual'è *l'autorizzazione del pretore*. Neppure la vendita di questi mobili è dunque considerata come un *atto di semplice amministrazione;* poichè altrimenti l'amministratore legale non potrebbe abbisognare di veruna formalità abilitante.

Lo scostarsi in questa parte dall'antico diritto è facilmente giustificabile; poichè non si può più ripetere nei tempi nostri il detto: *vilis mobilium possessio*, mentre lo sviluppo incessante e progressivo della ricchezza mobiliare vien dimostrando la sua superiorità in questa parte sulla ricchezza immobiliare, la quale non è suscettibile di tale accrescimento indefinito, e può solo contrapporvi la maggiore sicurezza ch'essa offre.

Questo principio, che ci sembra risultare così evidente dalle disposizioni date dalla nostra legge intorno all'esercizio dell'amministrazione legale dipendente dalla patria

potestà, è forse contraddetto da quelle relative alla tutela, in cui è fatto obbligo al tutore di vendere ai pubblici incanti, entro i due mesi successivi alla formazione dell'inventario, i mobili del minore? (art. 290 cod. civ.). Il *Borsari* ha risposto: " Non è vero che il tutore abbia " una facoltà sua propria di vendere i mobili, poichè " sebbene l'art. 290 sembri lasciarne dubbio, segue a " spiegarlo l'art. 296, che gli vieta assolutamente lo alie- " nare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia " beni immobili o mobili, *tranne i frutti e i mobili sog-* " *getti a deterioramento* „ (1). Veramente dubitiamo della esattezza di questa spiegazione. Per la vendita dei mobili, che si trovino nel patrimonio del minore all'aprirsi della tutela, il tutore ne ha non solo l'autorizzazione, ma l'obbligo, direttamente dalla legge, secondo il disposto del citato art. 290. E ci parrebbe in vero contraddittorio che il tutore dovesse riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia per compiere un atto che la legge stessa gl'impone. L'art. 296 non può essere applicabile, a veder nostro, per l'alienazione dei mobili, se non in altri casi fuori di quello in cui si tratti dei mobili esistenti nel patrimonio del minore all'aprirsi della tutela, come dimostreremo a luogo opportuno. Tuttavia non crediamo meno facile il dimostrare come dalla disposizione del predetto articolo 290 non risulti che il legislatore abbia voluto considerare l'alienazione dei mobili del minore come atto di semplice amministrazione da parte del tutore. Innanzi tutto, è caratteristico degli atti di semplice amministrazione che sia *in facoltà* dell'amministratore l'effettuarli o no, secondochè reputi conveniente all'interesse dell'amministrato, sotto la propria responsabilità. Qui invece abbiamo un atto non facoltativo, ma reso espressamente obbligatorio dalla legge, la cui disposizione val bene l'*autorizzazione del consiglio di famiglia*,

(1) V. Borsari, l. c., pag. 819.

richiesta ordinariamente per gli atti eccedenti i limiti dell'amministrazione ordinaria. E ciò è tanto vero, che dell'autorizzazione del consiglio di famiglia il tutore non può far senza, quando reputi opportuno per l'interesse del minore di conservare in tutto od in parte i mobili di lui (detto art. 290, § 2, cod. civile).

D'altra parte il tutore non è libero neppure nella forma della vendita, che deve farsi *ai pubblici incanti*, e colle norme stabilite dagli art. 816 e seguenti del codice di procedura civile; mentre negli atti di ordinaria amministrazione non è nè potrebb'essere vincolato da nessuna formalità speciale.

Da tutto ciò possiamo dunque conchiudere con sicurezza che il nostro legislatore non ha mai considerato come atto di semplice amministrazione quello di alienazione dei beni mobili, nè nelle disposizioni relative all'esercizio dell'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà, nè in quelle concernenti l'esercizio della tutela.

Se intorno a questo argomento abbiamo spese molte parole, non fu per uno scopo meramente dottrinale; perchè dalla massima che abbiam creduto di potere stabilire, deriva, a veder nostro, qualche conseguenza abbastanza importante per le applicazioni pratiche. Se infatti l'alienazione dei beni mobili del figlio soggetto a patria potestà è da considerarsi, per la natura sua, conformemente ai principii generali ed anche al diritto positivo, come *atto eccedente i limiti della semplice amministrazione*, dovrà seguirne che, in generale, sia applicabile a tale atto la disposizione dell'art. 224, § 2; e quindi la forma abilitante necessaria affinchè il padre, quale amministratore legale, possa effettuare l'atto medesimo, consista nell'*autorizzazione del tribunale civile.* Dovrà seguirne che l'altra forma meno rigorosa, dell'autorizzazione del pretore, secondo l'art. 225, non debba valere, siccome ammessa soltanto in via di *eccezione*, se non per la vendita di *effetti mobili soggetti a deterioramento*, tassati-

vamente, contemplata in detto articolo e che l'interpretazione di esso debba essere *restrittiva.*

Vedremo poi le conseguenze ulteriori di tali massime allorchè ci occuperemo particolarmente di questa disposizione dell'art. 225.

Ma i principii che abbiamo svolti e i testi della legge si oppongono forse a poter mai considerare come atto di semplice amministrazione una qualunque vendita di effetti mobili appartenenti al minore? Sta sempre il principio fondamentale, risultante dall'articolo 224, che *il padre amministra i beni del figlio*, e che è solo per gli *atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione*, che egli è sottoposto all'adempimento di speciali forme abilitanti. Nè poi crediamo contestabile che certe alienazioni di effetti mobili stiano realmente nei limiti dell'amministrazione ordinaria. Niuno potrebbe negarlo rispetto alla *vendita dei frutti* prodotti dai beni del minore. Neppure crediamo che possa sorgerne un serio dubbio in quanto riguardi l'alienazione di quegli oggetti che sono destinati a servire esclusivamente all'azienda economica, e che perciò si acquistano e si alienano, si cangiano a seconda che i bisogni e l'opportunità di quell'azienda richiedano. Solo sarebbe disputabile se lo stesso dovesse dirsi per l'altro caso, da noi sopra considerato, in cui si trattasse di alienare d'urgenza quei mobili, i quali fossero soggetti a così facile deperimento da non potersi senza pericolo differirne la vendita aspettando di riportarne l'autorizzazione ordinariamente richiesta. Per verità, l'opinione negativa potrebbe trovare appoggio nel disposto dall'art. 225, che *per la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento* esige l'autorizzazione del pretore. Ma pure l'art. 296 riconosce nel tutore la facoltà di alienare, senza bisogno di esservi autorizzato, i *mobili soggetti a facile deterioramento*, al pari dei *frutti* prodotti dai beni del minore. Non viene con ciò a considerare evidentemente quest'alienazione come

un atto di amministrazione semplice? Il *Borsari* ha creduto appunto perciò di trovare una contraddizione tra i predetti due articoli 225 e 296, ed ha scritto: " Ciò " che non si comprende, sfuggito, io credo, alla reda- " zione, si è, che sia d'uopo interporre l'autorità del pre- " tore o quella del tribunale per la *vendita di effetti* " *mobili soggetti a deterioramento*, il che rende più grave, " contro ogni principio, la condizione del padre da " quella del tutore, che per l'art. 296 già sopra avvisato " dispensa in simili casi il tutore dall'autorizzazione del " consiglio di famiglia " (1).

Ma, se non erriamo, la supposta contraddizione è affatto insussistente. I casi contemplati in quelle due disposizioni sono tutt'altro che identici. L'art. 225 considera in genere gli *effetti mobili soggetti a deterioramento*, contrapponendoli, secondo la distinzione insegnata dal diritto romano, a *quelli che possono essere conservati senza pericolo di deperimento o deteriorazione notevole*. L'alienare questi beni può essere atto prudente ed utile, ma non è per sè *di semplice amministrazione;* epperò non è meraviglia che siasi richiesta anche per esso una formalità abilitante, quantunque meno rigorosa di quella che è voluta per l'alienazione dei *mobili non soggetti a deperimento* alcuno. L'art. 296 parla invece dei *mobili soggetti a facile deterioramento;* e quella parola " *facile* ", che è stata aggiunta, accenna, come dimostreremo a suo tempo, a tale e così imminente pericolo di deteriorazione, che non sia prudente per l'interesse del minore l'attendere l'adempimento di quelle forme abilitanti che sarebbero necessarie secondo le regole comuni. Allora l'alienazione di quei mobili assume veramente il carattere di un *atto di conservazione*, che quindi sta nei limiti della *semplice amministrazione;* epperò la legge accorda al tutore la facoltà di procedere d'autorità propria a quell'alienazione. Altrettanto reputiamo doversi ammet-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, § 521, pag. 820.

tere per l'amministrazione legale esercitata dal genitore. Non ne abbiamo, è vero, una dichiarazione testuale nel titolo della patria potestà; ma vi troviamo però stabilito il principio generale che il padre può fare, senza alcuna autorizzazione giudiziale, tutti gli *atti che non eccedono la semplice amministrazione*, e tale deve ritenersi il carattere della vendita di *effetti mobili che siano soggetti a facile deterioramento* nel senso sopra indicato.

209. In ordine a tutti gli atti che stiano entro i limiti della semplice amministrazione, si presenta da ultimo un quesito importante, e che non va esente da qualche difficoltà.

Le obbligazioni, che il padre abbia contratte in nome del minore dipendentemente da tali atti, vincolano anche i beni del minore stesso, dei quali il padre non avrebbe potuto disporre senz'adempiere le formalità abilitanti prescritte dalla legge? In altri termini, coloro che abbiano contratto crediti in conseguenza di atti d'amministrazione semplice compiuti dal padre — per esempio, per opere di riparazioni necessarie alla conservazione di certi beni del figlio — potranno esercitare le loro ragioni, a termini degli articoli 1948 e 1949, su tutti i beni formanti il patrimonio del figlio medesimo, o solamente *sulle rendite?* Potrebbe dubitarsene, osservando che il vincolare i beni costituenti la sostanza capitale del figlio equivale ad una alienazione indiretta dei beni stessi, poichè ad un'alienazione forzata conduce inevitabilmente l'esercizio delle ragioni dei creditori; e che essendo vietato al padre di alienare i beni del figlio, quand'anche vi sia una causa di necessità od utilità evidente, se questa non sia stata riconosciuta mediante decreto di autorizzazione del tribunale civile, solo quando quest'autorizzazione fosse stata riportata per contrarre le obbligazioni anche di semplice amministrazione, potrebbero queste far luogo in favore dei creditori ad espropriare i beni del minore; in caso diverso

non potrebbero essi esercitare le loro ragioni se non sulle rendite.

Una semplice riflessione basta però a dimostrare il niun fondamento di quest'argomentazione. Il vincolo dei beni tutti del debitore, per l'adempimento delle assunte obbligazioni, deriva direttamente dalla legge, che lo determina *per qualunque obbligazione legittimamente contratta.* Non è dunque necessario, affinchè quel vincolo nasca, che il debitore abbia avuta *capacità di disporre dei beni* sui quali il creditore agisca; ma basta che abbia avuto *capacità di contrarre l'obbligazione*, a garantìa della quale la legge stessa, per virtù propria, accorda allora al creditore azione su tutti i beni della persona obbligata. Il minore — per darne un esempio evidentissimo — è incapace, non che a disporre dei proprii beni, a contrarre obbligazioni quali che siano, anche a fare atti di semplice amministrazione. Ma egli *è pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi-delitto* (art. 1306 codice civile). Epperò non potrebbe esser dubbio che chi avesse ricevuto danno per fatto delittuoso o quasi-delittuoso del minore, al fine di ottenere il risarcimento, potesse agire, a tenore dell'art. 1948, su tutti i beni mobili od immobili del minore stesso.

Se dunque il padre, come legale amministratore, ha potuto legittimamente contrarre in nome del figlio obbligazioni relative alla semplice amministrazione, ne deriva necessariamente che all'adempimento di tali obbligazioni siano vincolati, per virtù diretta della disposizione della legge, i beni tutti del figlio, senza bisogno che sia intervenuta l'autorizzazione giudiziale, e senza che possa fare ostacolo il principio secondo il quale è vietato ogni atto di disposizione diretta o indiretta dei beni mobili od immobili del figlio, se di quell'atto non sia riconosciuta la necessità o l'utilità evidente mediante decreto del tribunale civile.

III.

Degli atti che eccedono i limiti della semplice amministrazione.

Sommario. — 210. Distinzione necessaria a farsi tra i vari atti che eccedono i limiti della semplice amministrazione, per determinare le facoltà che in ordine agli atti medesimi possano spettare al genitore esercente la patria potestà. — 211. (*a*) Degli atti assolutamente vietati al genitore, quale amministratore legale dei beni del figlio soggetto a patria potestà. Delle donazioni. — 212. Del comodato. — 213. Del mutuo. — 214. Del deposito. — 215. Del mandato. — 216. Della fideiussione. — 217. (*b*) Degli atti pei quali è necessaria l'autorizzazione del tribunale civile. Principii generali. — 218. 1) Degli atti traslativi di proprietà perfetta. Vendita, permuta, società, costituzione di rendita. — 219. 2) Degli atti coi quali si costituiscono diritti reali formanti smembramento di proprietà. Enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione, servitù prediali. — 220. 3) Della costituzione di diritti reali che non formino smembramento della proprietà. Ipoteca, pegno. — 221. 4) Della costituzione di diritti non reali, ma che però diminuiscono temporaneamente l'esercizio degli attributi della proprietà. Anticresi, locazione per un tempo maggiore di nove anni. — 222. 5) Di alcuni atti semplicemente dichiarativi, i quali però contengono elementi parificabili a quelli di atti di disposizione dei beni. Rinunzia di eredità, divisioni amichevoli, ricognizione di diritti altrui, conferma o ratifica. — 223. 6) Delle obbligazioni eccedenti la semplice amministrazione. Mutuo, compromesso, transazione, locazione di beni altrui. — 224. Condizioni necessarie affinchè l'autorizzazione possa essere conceduta dal tribunale civile. — 225. Se si possa chiedere ed ottenere dal tribunale l'approvazione d'un atto eccedente la semplice amministrazione, che sia già stato fatto. — 226. (*c*) Degli atti pei quali basta l'autorizzazione del pretore. Principii generali. — 227. 1) Della riscossione dei capitali. — 228. 2) Della vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento. — 229. Condizioni necessarie per ottenere l'autorizzazione del pretore. — 230. Se i terzi, debitori dei capitali riscossi, possano essere responsabili del non eseguimento dell'impiego stabilito nell'atto di autorizzazione del pretore.

210. Da ciò che abbiamo dimostrato superiormente ci è risultata una massima generale: ed è che per nessun atto eccedente i limiti della semplice amministrazione sia mai lecito al genitore, che esercita la patria potestà, di agire per autorità propria. Ma quali son dunque le condizioni sotto le quali il genitore possa compiere validamente tali atti? Ve ne sono pure alcuni che siano assolutamente, per la stessa natura loro, ineffettuabili? Sono queste le ricerche delle quali dobbiamo ora occuparci.

Sotto il codice Francese, nonostante che la dottrina e la giurisprudenza si accordassero generalmente nell'ammettere che il padre potesse essere autorizzato dal giudice ad alienare o ipotecare i beni del figlio, a fare insomma atti quali che fossero di disposizione, allorchè se ne manifestasse la necessità assoluta od almeno l'utilità evidente nell'interesse del figlio stesso; non mancò però qualche scrittore che esprimesse gravi dubbi sulla verità di questo principio. — Gli atti di disposizione dei beni non possono essere fatti da chi sia semplice amministratore. È vero che può talora verificarsi il bisogno o il vantaggio di tali atti; ma è certo altrettanto che per essi occorrerebbero serie guarentigie pel minore soggetto a patria potestà, come la legge ne aveva stabilite per chi fosse in istato di tutela. La legge però non le determinava; e il crearle all'infuori delle disposizioni di essa pareva arbitrario; più arbitrario ancora si appalesava il ritenere la nullità degli atti che mancassero di quelle forme non imposte dal legislatore. Era dunque ragionevole il dubitare che dei beni del figlio non potesse farsi verun atto di disposizione durante tutta l'amministrazione legale del padre; e tale avrebbe dovuto essere, secondo il rigore dei principii, la conseguenza del silenzio completo della legge intorno alle norme che avrebbero dovuto regolare l'amministrazione paterna (1).

Gli autori del codice nostro non ci lasciarono a queste strette. Anche intorno agli atti eccedenti la semplice amministrazione ordinaria dei beni del figlio soggetto a patria potestà ci diedero regole positive; delle quali ci resta solo da indagare lo spirito, e studiarne le varie applicazioni possibili.

Vedremo, nel trattare della tutela, che gli atti in essa occorrenti pel governo dei beni del minore — a parte quelli di semplice amministrazione ordinaria, pei quali anche il tutore può agire di propria autorità — si distin-

---

(1) V. Laurent, t. IV, n. 313-314, pag. 414-416.

guono in tre categorie diverse: degli atti, cioè, che al tutore sono assolutamente vietati; di quelli pei quali è necessaria, ma sufficiente, l'autorizzazione del consiglio di famiglia; di quelli infine pei quali la deliberazione di questo consiglio dev'essere omologata dal tribunale civile.

Le forme abilitanti non possono non essere diverse trattandosi della patria potestà, poichè dall'ordinamento di essa è esclusa l'istituzione del consiglio di famiglia. Nondimeno qui pure possiam distinguere ugualmente gli atti che il genitore esercente la patria potestà non possa mai fare in rappresentanza del figlio; quelli per i quali occorra l'autorizzazione del tribunale civile; quelli per i quali basti l'autorizzazione del pretore.

211. (*a*) Parlando degli atti assolutamente vietati al genitore, non intendiamo di quelli ch'egli avesse a fare nel proprio interesse relativamente ai beni del figlio, come quando volesse comprare qualcuno di tali beni. È questo un argomento di cui trattammo altra volta, e sul quale non ci accade ora di ritornare (1).

Ci riferiamo soltanto agli atti che il genitore farebbe in rappresentanza del figlio; e diciamo esservene alcuni i quali per la stessa intrinseca natura loro non è possibile che siano compresi, neppure sotto condizione di una qualunque formalità abilitante, nei poteri che la legge conferisce al genitore dipendentemente dall'amministrazione che gli attribuisce. Ciò infatti è evidentissimo per tutti quegli atti coi quali si venisse a disporre dei beni del figlio a titolo gratuito.

Ogni liberalità ha essenzialmente per movente un sentimento personale; nè quindi può emanare se non dalla volontà individuale di colui sul patrimonio del quale la liberalità si effettua. Qualunque atto di questa natura sorpassa dunque necessariamente ogni limite delle più ampie

---

(1) V. sopra, n. 191, pag. 429 e seg.

facoltà che possano attribuirsi ad un amministratore dei beni altrui. Aggiungasi che per legge espressa nessuna disposizione è ammissibile dei beni del minore se non *per cause di assoluta necessità o di utilità evidente* (art. 224, § 2, cod. civile). Ora, come mai potrebb'essere adempita questa condizione in materia di atti a titolo gratuito in vantaggio altrui?

Nè tale principio è applicabile soltanto per le *donazioni* formali (V. art. 1052 cod. civ.); ma, come accennammo, per *qualunque atto di liberalità*, ancorchè indiretta, ancorchè coperta sotto l'apparenza d'un contratto oneroso. Così sarebbero inammissibili, nè potrebbero mai essere convalidate da autorizzazione del tribunale, la remissione del debito d'un terzo verso il minore, la transazione sopra una contestazione immaginaria che celasse una vera liberalità, la donazione coperta sotto apparenza di contratto a titolo oneroso, e simili.

Vi sono però certe piccole liberalità, le quali, per l'indole loro e per le cause speciali da cui muovono, possono considerarsi come atti di ordinaria amministrazione; perchè son volute dall'uso e dai rapporti di buona convivenza; perchè ogni buon padre di famiglia suole esercitarle; perchè si soddisfano colle rendite senza diminuzione della sostanza patrimoniale; perchè molte volte hanno un carattere *rimuneratorio*, che non permette di considerarle come mere liberalità. Queste potrebbero esser fatte dal genitore, senz'uopo di alcuna formalità abilitante; purchè, s'intende, si contenessero in quella misura che le circostanze, l'entità dei servigi che s'intendesse di rimunerare, le condizioni e le facoltà del minore potessero consigliare ad un buon padre di famiglia, e purchè potendosi d'altronde soddisfarvi senza disagio colle rendite, rimanessero entro i limiti della semplice amministrazione.

È inoltre da avvertire che le *donazioni per contratto di matrimonio* potrebbero esser fatte dal minore stesso soggetto a patria potestà, colla sola assistenza delle per-

sone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio (art. 1386 cod. civ.).

La regola che il genitore esercitando l'amministrazione legale non possa fare, in rappresentanza del figlio soggetto alla potestà sua, nessun atto di liberalità, comprende, come già accennammo, tutti i contratti di beneficenza, oltre alle donazioni, come il comodato, il mutuo, il deposito, il mandato, la fideiussione? In massima non sapremmo dubitarne per le considerazioni che abbiamo esposte. Tuttavia accettando questa regola generale, non intendiamo doversi assolutamente escludere la possibilità di qualunque limitazione; e ne dimostreremo le ragioni facendo qualche riflessione su ciascuno dei contratti di beneficenza che abbiamo sopra ricordati.

212. Cominciamo dal *comodato*. Il padre, quale amministratore legale, presta ad un terzo una cosa appartenente al figlio. Sarà valido questo contratto, e produrrà quindi a carico del figlio le obbligazioni di *non poter ripigliare la cosa data a prestito, fuorchè dopo decorso il termine convenuto*, o in mancanza di termine, *dopo che la cosa abbia servito all'uso per cui fu prestata* (art. 1815 cod. civ.), e di risarcire i danni recati dalla cosa comodata, di cui conoscendosi dal comodante i difetti, non ne fosse stato avvertito il comodatario (art. 1818 cod. civ.)?

Un illustre scrittore francese ha detto che “ il *prestito* “ *ad uso* (o *comodato*) rientra negli atti d'amministrazione, “ poichè non conduce nè ad una alienazione, nè ad un “ acquisto di proprietà „ e che “ perciò può dirsi che il “ prestito ad uso sarà validamente contratto fra tutti “ coloro i quali, senz'avere la facoltà di disporre dei loro “ beni, possono però amministrarli „ (1).

Se questa teoria fosse vera, ne seguirebbe che anche il

(1) V. Pont, *Commentaire, Traité des petits contrats*, t. I, n. 54-55, pag. 25.

padre, come amministratore legale, potrebbe validamente dare a comodato i beni del figlio.

Ma, come avvertimmo altra volta, il contrapporre agli atti di amministrazione semplice quelli di alienazione è, secondo almeno la nostra legge, un concetto sbagliato. Certamente ogni atto di alienazione dei beni, formanti la sostanza capitale del figlio, eccede l'amministrazione ordinaria; ma possono esservi atti non qualificabili veramente come alienazioni, che solo *indirettamente* possano recare una *disposizione dei beni* dell'amministrato, e che tuttavia non stiano entro i limiti della semplice amministrazione(1).

Col *comodato*, è vero, non si aliena la cosa che ne forma oggetto, poichè è di essenza di questo contratto l'obbligo nel comodatario di *restituire la stessa cosa ricevuta* (articolo 1805 cod. civ.); ma *si dispone dell'uso* della cosa, e se ne dispone senz'alcun correspettivo, giacchè è pure *di essenza* del comodato l'essere un *contratto gratuito* (articolo 1806 cod. civ.). Ora, potrà mai considerarsi questo atto di pura beneficenza a vantaggio altrui come attinente alla semplice amministrazione nell' interesse del minore?

Diremmo piuttosto che l'indole di tale atto fosse direttamente contraria agli scopi dell'amministrazione; poichè, mentre dev'essere ufficio di questa il trarre dai beni componenti il patrimonio tutti gli utili, tutte le rendite di cui sono suscettibili, col comodato, all'opposto, si priva temporaneamente il proprietario d'ogni utilità che gli potrebbe derivare dall'uso della cosa conceduto al comodatario. E ciò può assumere talvolta un'importanza notevole; poichè non solo si possono dare a comodato beni mobili, ancorchè preziosi o tali da poter trarre dal loro uso qualche utilità pecuniaria, ma ancora i beni immobili, non essendo fatta intorno a ciò nessuna limitazione dalla legge (art. 1805 cod. civile). Vero è che d'ordinario sono i mobili che si

---

(1) V. sopra, n. 201, pag. 462 e seg.

prestano ad uso; ma non è perciò che anche l'uso di beni immobili non possa formar materia di questo contratto; e tanto si possono prestare argenterie, cavalli, vetture, libri, quanto una casa di campagna, un granaio, una cantina, ecc. (1). Il concedere gratuitamente ad altri, forse per tempo non breve, l'uso di tali beni del minore, sottraendo con ciò al patrimonio di lui l'utilità che se ne potrebbe ricavare, sarebbe dunque un atto di semplice amministrazione? E si potrebbe parificarlo a quelli che tendono a conservare i beni, a trarne le rendite di cui sono suscettibili, a percepirle? Ci pare evidente l'assurdità d'una risposta affermativa. Potrà essere disputabile se il proprietario stesso, la cui capacità sia limitata dalla legge agli atti di sola amministrazione, come l'emancipato o l'inabilitato (art. 317, 339 cod. civ.), possa senza l'assistenza del curatore fare validamente un contratto di comodato dei proprii beni. È a ciò specialmente che intende di riferire la sua teoria il *Pont;* e di questo argomento ci riserbiamo di occuparci a luogo più opportuno. Ma in ogni caso non sembra ammissibile una tale facoltà per chi sia semplice amministratore dei beni altrui.

Non intendiamo con ciò di affermare che un contratto, al quale debba giuridicamente attribuirsi la qualificazione di *comodato*, non possa mai costituire realmente un atto di semplice amministrazione. Lo diciamo solo di quello che sia veramente un *atto di pura beneficenza a vantaggio altrui.* Ma la qualificazione di un contratto si trae dalla sua *causa prossima e diretta*, non dalla causa remota, dal motivo che possa aver dato il primo impulso alla contrattazione. La concessione dell'uso d'una cosa senza un correspettivo propriamente tale, senza un equivalente giuridico, costituirà un *comodato*, ancorchè lo scopo primo per cui questo sia stato fatto non sia l'interesse del

---

(1) V. Troplong, *Du prêt*, n. 36; Pont, *Comm.*, *Traité des petits contrats*, t. I, n. 37.

comodatario, ma quello del minore, i beni del quale siano dati in uso altrui dall'amministratore legale; e allora potrà accadere che anche questo prestito sia da comprendersi fra gli atti di amministrazione semplice. Si concede, per esempio, l'uso gratuito d'una casa o di una parte di essa a chi prestò al minore servigi apprezzabili a danaro, dei quali non ha richiesto di essere retribuito; e quella concessione assume quindi un carattere *rimuneratorio*. Ovvero nella difficoltà di trovare chi assuma il deposito di cose mobili del minore, delle quali non potrebbesi altrimenti assicurare la conservazione, l'amministratore si decide ad accettare l'offerta di chi le prende a comodato. Ovvero ancora si tratta di dare a prestito al vicino gli animali o gli utensili necessari alla coltivazione per averne il ricambio di uguale prestito, senza cui la cultura dei terreni rimarrebbe imperfetta. In questi e simili casi l'atto dell'amministratore, sebbene qualificabile giuridicamente come comodato, sarebbe però fatto realmente nell'interesse dell'amministrato, e per uno scopo che starebbe entro i limiti dell'amministrazione semplice; ond'è che non dubiteremmo della facoltà dell'amministratore di costituire validamente tali contratti.

Se mai si verificasse — caso difficile a supporsi — che la causa impellente a concedere ad altri il comodato di beni del minore fosse di una utilità evidente per lui, ma nel medesimo tempo di tale natura da eccedere i limiti della semplice amministrazione, sarebbe ancora possibile la valida formazione del contratto mediante l'autorizzazione del tribunale civile; la quale all'opposto non potrebbe certamente mai essere conceduta per un comodato che avesse per iscopo, secondo l'indole del contratto, la sola utilità del comodatario (art. 224, § 2, cod. civile).

Potrebbe il padre, come amministratore legale, prendere nell'interesse del figlio a comodato i beni altrui, e imporrebbe quindi validamente al figlio stesso le obbligazioni che stanno a carico del comodatario (articoli 1808-1814

codice civile)? Non ne dubiteremmo, quando lo scopo pel quale fosse necessario od utile il comodato, stesse entro i limiti dell'amministrazione ordinaria. Altrimenti diverrebbe necessaria l'autorizzazione del tribunale civile, a termini della disposizione generale dell'art. 224, § 2.

213. Quanto al *mutuo* non si presentano gravi difficoltà. Essendo di essenza di questo contratto che *il mutuatario divenga padrone della casa mutuata* (art. 1820 cod. civ.), e operandosi perciò necessariamente un trasferimento di proprietà, è fuor di dubbio che il mutuo non può per sè riguardarsi se non come *atto di disposizione*, che eccede i limiti della semplice amministrazione ordinaria. Quando dunque si volesse dare gratuitamente a mutuo qualche bene del figlio ad altri, ciò non potrebbe farsi dal genitore, in qualità di amministratore legale; nè per autorità propria, poichè in ciò le facoltà libere che gli sono attribuite si limitano alla semplice amministrazione; nè mediante l'autorizzazione giudiziaria, giacchè questa non può essere conceduta se non per *cause di necessità o di evidente utilità del figlio*.

Questo però, che abbiam detto del mutuo semplice e gratuito, non può certamente essere applicabile pel *mutuo ad interesse* (art. 1829 codice civile), che costituisce uno dei mezzi più vantaggiosi e comodi per utilizzare i valori capitali appartenenti all'amministrato, rendendoli produttivi di rendite. E delle facoltà spettanti rispetto a ciò al genitore, quale amministratore legale dei beni del figlio, abbiamo già parlato trattando degli atti di semplice amministrazione, e alle cose dette allora ci basta qui di riferirci (1).

Se poi si tratti non di dare ma di prendere a mutuo nell'interesse del figlio, è questo certamente uno degli atti che possono più gravemente compromettere la fortuna di

---

(1) V. sopra, n. 204, pag. 481-483.

lui. Non si ricorre a questo mezzo se non pel bisogno di disporre immediatamente di ciò che forma oggetto del mutuo; e l'obbligo che si assume della restituzione ricade necessariamente sulla sostanza patrimoniale. Tanto più gravi sono le conseguenze di questa operazione allorchè, come d'ordinario avviene, si stipulano degli interessi che ingrossano il debito. Perciò vedremo che tra gli atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione, pei quali chi esercita la patria potestà non può agire se non per cause di necessità o utilità evidente e mediante l'autorizzazione del tribunale civile, il nostro legislatore ebbe cura di annoverare espressamente anche il *contrarre mutui*.

214. Nell'articolo 1841 cod. civile troviamo stabilita la massima che: " Il deposito volontario non può aver luogo " che tra persone capaci di contrattare ".

Segue da ciò che pel minore non emancipato non possa mai aver luogo un contratto di deposito? Una tale deduzione sarebbe davvero esorbitante. Quel minore è certamente incapace di contrattare, epperò non potrebbe validamente formare col proprio consenso un contratto di deposito. Ma la legge, che gli toglie anche la semplice amministrazione dei suoi beni, l'affida per lui a persona che lo rappresenti, al genitore che esercita la patria potestà o al tutore. La questione si ripresenta dunque, non ostante il disposto dell'articolo 1841, sotto l'aspetto dell'essere o no capace il genitore a contrattare pel deposito volontario in rappresentanza del minore soggetto alla sua potestà.

In tale rapporto è necessario distinguere se si tratti di costituire il deposito o di riceverlo. Il mettere in deposito presso altra persona qualche cosa appartenente al minore può essere talvolta un atto di buona amministrazione, necessario per la conservazione di certi beni. E in tale aspetto non solo sarebbe erroneo il riguardare la convenzione del deposito come assolutamente vietata all'amministratore

legale, ma sarebbe anzi questo uno degli atti di semplice amministrazione, che il genitore esercente la patria potestà potrebbe fare validamente senza bisogno d'alcuna autorizzazione. La qual massima è inoltre esplicitamente riconosciuta nella disposizione dell'articolo 1857, che determina la persona alla quale deve farsi la restituzione della cosa depositata " *se il deposito è stato fatto dal tutore* " *o da un altro amministratore in tale qualità* „.

È ben altrimenti quando si tratti di ricevere in deposito cose appartenenti ad altra persona. L'articolo 1842 ci dice che: " *Se il deposito è stato fatto da una persona capace* " *ad una incapace, quella che ha fatto il deposito non ha* " *che l'azione rivendicatoria della cosa depositata, finchè* " *questa si trova presso il depositario, ovvero un'azione* " *di restituzione fino alla concorrenza di quanto si fosse* " *rivolto in vantaggio di quest'ultimo* „. Ma se il deposito sia stato fatto ad un minore, avendo però consentito per lui al relativo contratto il genitore alla cui potestà egli era soggetto, le obbligazioni che glie ne deriveranno saranno quelle sole determinate nel predetto art. 1842? O sarà tenuto per tutti gli obblighi che incombono generalmente al depositario secondo gli articoli 1843 e seguenti del codice civile? Non ci par da esitare nell'accogliere, in generale, la prima massima. Il ricevere un deposito e contrarre tutte le obbligazioni che ne possono derivare, non è certamente da considerarsi come un atto di semplice amministrazione; nè quindi l'amministratore legale potrebbe mai farlo di propria autorità in rappresentanza dell'amministrato.

Generalmente non sarebbe nemmeno possibile l'ottenere per tale atto l'autorizzazione del tribunale civile, il quale non potrebbe concederla se non per *cause di necessità o di utilità evidente del figlio;* al che contrasterebbe la natura stessa del contratto, che è *essenzialmente gratuito*, di beneficenza a vantaggio del deponente (articolo 1837 codice civile).

Tuttavia può darsi che un contratto apparente di deposito costituisca in realtà una *locazione d'opera*, perchè sia pattuita a profitto del depositario una mercede, che sia riguardata dalle parti come l'*equivalente* del servizio che il depositario stesso assume di rendere nel custodire la cosa depositata. Ed allora non avremmo più un contratto *di beneficenza*, ma *a titolo oneroso;* e potrebbe derivarne quella *utilità evidente* pel figlio, che giustificherebbe l'autorizzazione del tribunale per la formazione del contratto medesimo.

Indipendentemente da ciò può verificarsi eziandio in qualche caso speciale, che il deposito *sia fatto unicamente nell'interesse del depositario*, come è previsto nel n. 3 dell'articolo 1844; ed anche in tal caso essendovi l'*evidente utilità del figlio* potrebbe il contratto essere autorizzato.

In nessun caso però l'atto di ricevere in deposito cose d'altri potrebbe mai considerarsi come compreso nei limiti della semplice amministrazione, sicchè bastasse che al contratto di deposito avesse consentito d'autorità propria il genitore esercente la patria potestà, affinchè a carico del figlio e del patrimonio di lui stessero validamente le obbligazioni che da tale contratto ordinariamente derivano.

215. Qualche maggiore difficoltà può incontrarsi in ciò che riguarda il *mandato*. Non intendiamo di occuparci ora — chè sarebbe fuori di luogo — delle teorie relative alle condizioni di capacità per questo contratto. Nondimeno ci è necessario e potrà essere sufficiente il riferire qualche principio generalmente accettato dalla dottrina a tale proposito, e che avemmo anche altra volta occasione di ricordare (1).

Per la validità del mandato e delle obbligazioni contratte nella esecuzione di esso non è richiesta, in generale, *la capacità civile del mandatario*, ma quella solamente del mandante; per la semplice ragione che nell'esercizio del

(1) Vedi vol. V, parte II, n. 237, pag. 164 e seg.

mandato si riguarda giuridicamente come scomparsa la personalità civile del mandatario, sostituendovisi quella del mandante, che ne è rappresentato e si considera agire esso medesimo col mezzo della persona che ha delegata. Il mandante adunque, che, essendo capace, abbia scelto per mandatario un incapace, resta nondimento validamente e pienamente obbligato, in virtù del contratto da lui consentito, sia verso il mandatario, sia verso i terzi con cui questi abbia contrattato in nome del mandante stesso. Solamente le obbligazioni che starebbero a carico del mandatario non potrebbero sorgere contro di lui s'egli fosse stato incapace a contrattare, o, a parlare più esattamente, l'accettazione del mandato, da cui le predette obbligazioni deriverebbero, potrebb'essere impugnata con quell'azione di nullità colla quale sono, in generale, attaccabili gli atti tutti fatti da persona che ne sia a termini di legge incapace.

Questi principii valgono in generale ed ugualmente per qualunque causa d'incapacità civile; o si tratti di un minore non emancipato e soggetto quindi a patria potestà o a tutela, o di un interdetto, o di un minore emancipato che abbia accettato il mandato senza il consenso del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, o di un inabilitato non assistito dal curatore, o della moglie non autorizzata dal marito.

Veramente sull'accennata generale applicabilità dei principii predetti potrebbe far sorgere qualche dubbio la disposizione dell'art. 1743 codice civile, secondo cui: “ *Il minore* “ *emancipato* può essere scelto per mandatario; ma il man- “ dante non ha azione contro il mandatario minore, se “ non giusta le regole generali relative alle obbligazioni “ dei minori „. Donde potrebbesi a primo aspetto argomentare che *al minore* non fosse attribuibile la qualità di mandatario se non quando fosse *emancipato*, non quando fosse soggetto a patria potestà od a tutela. Ma ciò sarebbe in troppo evidente opposizione coi principii fondamentali riguardanti la capacità necessaria per la efficacia del man-

dato, che abbiamo sopra riferiti. E d'altra parte si spiega facilmente il motivo pel quale nel citato articolo 1743 siasi parlato soltanto del *minore emancipato*. Commentando il corrispondente articolo 1990 del codice Francese alcuni autori dissero che " quella disposizione non era stata for-" mulata con uno spirito di esclusione; e ch'essa, piut-" tostochè di enumerare le persone capaci a ricevere un " mandato, aveva per oggetto di determinare gli effetti " dell'accettazione del mandato conferito a persona che " gode dell'amministrazione delle proprie sostanze senza " avere la facoltà di disporne „ (1). Ci sembra che il concetto sia giusto, ma forse non torni inutile il procurare di precisarlo maggiormente.

Non v'era bisogno di un testo per decidere se una persona civilmente capace all'atto o contratto pel quale costituisse un mandatario, potesse eleggere a tale ufficio anche una persona incapace. L'affermativa era abbastanza assicurata dai principii fondamentali sopra ricordati. Non è questo pertanto l'oggetto della disposizione dell'art. 1743. Siccome però in virtù dei principii predetti era bensì certo che il mandato conferito ad un incapace dovesse ciò non ostante produrre tutti gli effetti ordinari rispetto al mandante, tanto pei rapporti suoi verso il mandatario quanto verso i terzi coi quali avesse questi trattato in suo nome, ma era altrettanto incontestabile che le obbligazioni, le quali sarebbero a carico del mandatario, dovessero rimaner sottoposte a quella nullità che è inseparabile dalle obbligazioni contratte dagli incapaci; così presentavasi naturalmente un altro quesito, la risoluzione del quale forma appunto lo scopo dell'articolo 1743. Potevasi verificare, e quando, che un mandato accettato da persona incapace producesse a carico di lei tutte le obbligazioni che incombono generalmente ad ogni mandatario? L'articolo risponde

(1) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. III, § 411, n. 8; Pont, *Comm., Traité des petits contrats*, t. I, n. 965.

affermativamente pel minore emancipato, quando siano state osservate le condizioni che la legge prescrive affinchè il minore predetto possa contrarre validamente obbligazioni eccedenti la semplice amministrazione (articolo 319 codice civile); risponde del pari per la moglie che sia stata autorizzata dal marito ad accettare il mandato. E siccome anche l'*inabilitato* è in condizione simile a quella del minore emancipato, o piuttosto subisce una minore limitazione di capacità, inquantochè per fare atti, quali che siano, eccedenti la semplice amministrazione, non ha bisogno d'altro che dell'*assistenza del curatore* (articolo 339 codice civile), sembra quindi che anche per lui, sebbene non contemplato espressamente nell'articolo 1743, sia da ritenersi la stessa massima: che qualora abbia accettato un mandato coll'adempimento della formalità prescritta dal predetto articolo 339, rimanga soggetto a tutte le obbligazioni ordinarie del mandatario.

Ad ogni modo però la regola dell'articolo 1743 non riguarderebbe ancora altre persone che quelle le quali sono autorizzate dalla legge ad operare personalmente negli atti della vita civile riguardanti il loro interesse, e solo sono assoggettate alla formalità abilitante dell'autorizzazione altrui, quali sono appunto il minore emancipato, l'inabilitato, la donna maritata. Che sarà dunque per coloro che negli atti tutti della vita civile devono essere *rappresentati* dalle persone alla cui autorità sono sottoposti, quali sono i minori soggetti a patria potestà od a tutela? Se mai qualche argomento avesse a trarsi, per rispondere a questo quesito, dalla disposizione del citato articolo 1743, esso condurrebbe piuttosto a conchiudere che le obbligazioni del mandatario non potessero mai stare validamente a carico d'un minore soggetto a patria potestà od a tutela, nonostantechè nell'accettazione del mandato fossero state adempite quelle formalità colle quali, in generale, possono esser contratte valide obbligazioni per lui. Poichè l'articolo 1743 stabilisce *pel solo minore emancipato* che il man-

dante possa avere contro di lui le azioni corrispondenti alle obbligazioni comuni del mandatario, se siano state osservate le regole generali relative alle obbligazioni di questi minori, parrebbe da ritenersi l'opposto pel *minore non emancipato*. Ma lasciamo questo argomento *a contrario*, che potrebb'essere fallace se realmente i principii generali inducessero anche pel minore soggetto a patria potestà od a tutela quella regola stessa che per l'emancipato fu dichiarata in un testo espresso di legge. Ricorriamo piuttosto a questi principii medesimi; ed essi, come sempre, ci offriranno la guida più sicura per uscire da ogni difficoltà.

L'art. 1303, n. 1, ci dice che: “ Nelle obbligazioni dei “ minori l'azione di nullità è ammessa *allorchè il minore* “ *non emancipato ha fatto da sè un atto senza l'intervento del* “ *suo legittimo rappresentante* „. Supponiamo dunque dapprima che un minore non emancipato, e per stare al caso nostro, un minore soggetto a patria potestà avesse accettato un mandato conferitogli da persona capace per quell'atto o contratto che formava oggetto del mandato medesimo, senza che in tale accettazione fosse rappresentato dal genitore esercente la patria potestà. I principii non ci lasciano alcun dubbio intorno a questa ipotesi. Il mandato sarà valido rispetto al mandante, sarà pienamente efficace per tutte le obbligazioni di lui, sia verso il mandatario, sia verso i terzi coi quali quest'ultimo abbia trattato. Ma quanto al mandatario, egli potrà sempre sottrarsi alle obbligazioni derivanti dall'accettazione del mandato — o lo si persegua per *inesecuzione* del mandato stesso (articolo 1745 codice civile), o per *colpa* nella esecuzione (articolo 1746), o per costringerlo a render conto del suo operato (art. 1747), o per gli interessi delle somme riscosse (art. 1750), o infine per qualunque altra causa — poichè all'azione intentata dal mandante potrà in ogni caso opporre l'eccezione di nullità dell'accettazione da lui emessa, nullità risultante dalla sua incapacità. Se però il mandante non potrebbe far valere contro il mandatario minore, che

avesse da sè accettato l'incarico, nessuna *azione derivante dal contratto* di mandato, non è escluso per questo che altre azioni potessero competergli: o quella *de in rem verso*, per quanto il mandatario incapace avesse approfittato della esecuzione del mandato in aumento del proprio patrimonio; o quella per *delitto* o *quasi-delitto*, esercitabile anche contro gli incapaci (art. 1306 cod. civile), qualora, per esempio, il mandatario minore avesse frodolentemente distratti gli oggetti confidatigli dal mandante, o con un fatto qualunque quasi-delittuoso avesse recato danno al mandante stesso.

Supponiamo ora che il genitore esercente la patria potestà sia intervenuto, accettando egli stesso il mandato in nome del figlio minore come suo legittimo rappresentante. Indurrà ciò qualche cangiamento nella efficacia giuridica del contratto? Ne sorgeranno allora pel minore le obbligazioni comuni del mandatario? Ci sembra evidente che no. Lasciamo stare che l'accettare un mandato non sia atto che possa farsi col mezzo d'un legittimo rappresentante, essendo di natura sua esclusivamente *personale*. Secondo la fatta ipotesi vi sarebbe il consenso personale del minore, che sarebbe costituito mandatario, e chi esercita su di lui la patria potestà interverrebbe solo per legittimare giuridicamente quell'accettazione facendola in nome del figlio. Ma è forse possibile legalmente il riuscire in questo intento? Sarebbe assurdo il concetto che l'accettazione di un mandato fosse da considerarsi come *atto di semplice amministrazione*, nel quale però il genitore avente la patria potestà potesse agire di autorità propria. D'altra parte come *atto eccedente i limiti della semplice amministrazione* non potrebbe essere convalidato colla formalità abilitante prescritta dall'art. 224, § 2, poichè a questo è indispensabile il concorso della condizione che vi sia una *causa di necessità o di evidente utilità* del figlio; il che certamente non può verificarsi nel mandato, se sia, com'è d'ordinario, *gratuito* (articolo 1739 cod. civ.).

Ma l'essere gratuito non è, secondo il diritto nostro, *di essenza* di questo contratto; sicchè non ostante la convenzione d'una retribuzione, d'un salario, non cessa per questo di essere un *mandato*, non si trasforma in una *locazione d'opera*.

La retribuzione che si convenisse potrebbe però costituire quella *evidente utilità* del figlio, che giustificherebbe il convalidarsi nell'interesse medesimo di lui le obbligazioni che deriverebbero da tale mandato. Penseremmo pertanto che in questo caso potesse rendersi pienamente efficace il contratto anche per le obbligazioni del mandatario, intervenendo in rappresentanza di lui, che fosse in età minorile, il genitore alla cui patria potestà fosse soggetto, per convalidare l'accettazione che il minore medesimo facesse del mandato (detto art. 1303, n. 1, cod. civ.). Solamente non trattandosi per certo di un atto di semplice amministrazione, non basterebbe che intervenisse il padre da solo; ma sarebbe necessaria l'*autorizzazione del tribunale civile*, che riconoscesse l'*evidente utilità* del figlio in quell'atto.

Abbiam parlato finora dell'*accettazione* d'un mandato conferito al minore soggetto a patria potestà.

Quali massime dovrebbero seguirsi per un *mandato che invece si desse nell'interesse del minore ad una terza persona?*

Che si possa conferire direttamente *in nome del minore* un mandato ad un terzo, per uno o più atti relativi all'amministrazione dei beni del minore stesso, o per la gestione di alcuni di tali beni, non è certamente ammissibile. Vi osterebbe da parte del minore la stessa sua condizione d'incapacità, per la quale non gli è permesso di operare personalmente in nessuno degli atti della vita civile, fossero pure di semplice amministrazione, e gli è dato per tutti quegli atti un rappresentante legale. Vi osterebbe parimente da parte del genitore esercente la patria potestà l'ufficio, che per motivi d'ordine anche pubblico gli è attribuito dalla legge, che costituisce per lui un obbligo dal quale evidentemente non gli è lecito sciogliersi, neppure

per determinati affari particolari, trasferendo in altri la qualità di rappresentante legittimo del figlio, come appunto verrebbe a fare mediante un mandato conferito ad un terzo *in nome del figlio* stesso.

Ma è forse ugualmente vietato al genitore di sostituire a sè una terza persona nell'esercizio del mandato legale, che gli è attribuito per la rappresentanza del figlio e per l'amministrazione de' beni di lui? Distinguiamo il caso che il genitore dia mandato ad un terzo per sostituirlo rappresentando il figlio in uno o più atti particolari, o amministrando certi beni determinati, da quello in cui desse ad un terzo il mandato generale per rappresentare il figlio in tutti gli atti civili che potessero occorrere nel suo interesse o per amministrarne tutti i beni.

Nel primo caso non parrebbe doversi mettere in dubbio la validità dell'atto. È ammesso generalmente che un mandatario possa sostituire altri a sè nell'incarico avuto, quando anche non gliene sia stata concessa la facoltà, salvo sempre che il mandatario *rimane responsabile per colui che ha sostituito*, sicchè il mandante può agire contro di lui per tutte le obbligazioni derivanti dal mandato, come può anche agire direttamente contro la persona sostituita (art. 1748 cod. civ.).

Perchè mai sarebbe diversamente in riguardo a particolari atti di esercizio del mandato legale conferito al genitore per la rappresentanza del figlio e per l'amministrazione dei di lui beni?

Non vi è testo di legge che proibisca al genitore questa sostituzione; nè può dirsi che vi si oppongano i principii, atteso alla *personalità* che è caratteristica del mandato legale conferito al genitore per l'amministrazione dei beni dei figli soggetti alla sua podestà. Questo principio non è offeso, poichè il genitore non si spoglia dell'ufficio suo di amministratore quando non fa che incaricare un altro di sostituirlo nell'esercizio di quell'ufficio per certi atti particolari; mentre con questa stessa sostituzione non si libera

in nessun modo dagli obblighi che gl'incombono, rimanendo personalmente responsabile per colui che ha sostituito. D'altra parte non sarebbe prudente, nè conforme allo spirito generale delle leggi regolatrici dell'amministrazione legale dei genitori, le quali s'informano tutte allo scopo supremo di provvedere nel miglior modo agl'interessi del figlio, il vietare al genitore di affidare ad altri la trattazione di affari particolari, pei quali mancasse a lui il tempo, l'attitudine, l'esperienza necessaria per occuparsene fruttuosamente.

Ma è manifesto che queste considerazioni non potrebbero valere per l'altro caso, in cui il genitore desse ad un terzo un mandato generale per amministrare tutti beni del figlio o rappresentarlo in tutti gli atti che potessero occorrere nel suo interesse.

Sia pure che questi atti e quell'amministrazione si esercitassero dal terzo in nome del genitore, il quale ne avesse la responsabilità personale. Ma sarebbe sempre vero che il genitore si spoglierebbe dell'ufficio che la legge gl'impone come un sacro dovere, sostituirebbe a sè un rappresentante, un amministratore estraneo pel figlio; e ciò sarebbe davvero contrario alla *personalità* del mandato, che la legge per considerazioni anche d'ordine pubblico ha deferito ai genitori. Allora dunque, non solo il figlio avrebbe azione tanto contro il genitore, che naturalmente non potrebbe con quell'atto illegale essersi sottratto alla responsabilità del mandato che la legge gl'imponeva, quanto anche direttamente contro la persona dalla quale fosse stata così illegittimamente esercitata l'amministrazione; ma i terzi, che avessero contrattato con questa persona, rimarrebbero esposti all'azione di nullità, che potrebb'essere intentata per gli atti illegittimamente compiuti; e contro il genitore medesimo potrebbe farsi luogo ai provvedimenti ammessi dalla legge pei casi di *abuso della patria potestà*, chè come tale potrebbe certamente considerarsi l'avere in simil modo violati i proprii doveri.

216. Resta che ci occupiamo della *fideiussione*, e basteranno pochissime parole intorno a questo argomento, che invero non può presentare serie difficoltà.

Poichè, " quegli che si costituisce fideiussore per una " obbligazione si vincola verso il creditore a soddisfare alla " stessa obbligazione, qualora il debitore non vi soddi- " sfaccia (art. 1898 cod. civ.) ", è dunque evidente che l'atto relativo non potrebbe mai considerarsi come stante entro i limiti della semplice amministrazione; epperò il genitore, quale amministratore legale pel figlio, non potrebbe mai da solo avere facoltà di contrarre una fideiussione in nome del figlio stesso.

D'altra parte la fideiussione essendo un *contratto di beneficenza nei rapporti tra il fideiussore e il debitore principale*, è chiaro altrettanto che non potrebbe neppur farsi coll'autorizzazione del tribunale civile, mancando la condizione indispensabile della necessità od *utilità evidente* del figlio. Questo però, in via di regola generale, chè non pensiamo di escludere assolutamente che in qualche caso eccezionale avesse anche a prodursi, sebbene non potrebb'essere che indirettamente, una utilità evidente del figlio col rendersi fideiussore per una obbligazione altrui; e se mai ciò si verificasse crediamo che anche per questa, come per qualunque altra obbligazione eccedente i limiti della semplice amministrazione, si potrebbe chiedere ed ottenere l'autorizzazione del tribunale.

217. (*b*) Veniamo ora alla seconda categoria, degli atti che il genitore, quale amministratore legale dei beni del figlio, non può fare senza l'autorizzazione del tribunale civile.

Abbiamo intorno a ciò un principio fondamentale già saldamente stabilito; ed è che *per tutti gli atti o contratti eccedenti i limiti della semplice amministrazione ordinaria, abbiano poi essi per oggetto di creare obbligazioni personali, o di trasmettere la proprietà, o di costituire o trasferire*

diritti reali, o di modificare od estinguere obbligazioni o diritti preesistenti, è sempre indispensabile *l'autorizzazione del tribunale;* salvi i casi di eccezione, pei quali la legge ha ammessa una formalità abilitante meno rigorosa, qual'è *l'autorizzione del pretore* (art. 225 cod. civ.) (1). E appunto perchè quest'ultima forma è stabilita soltanto in modo eccezionale, la disposizione dell'art. 225 dev'essere a questo proposito applicata con una interpretazione ristretta, limitandola ai soli casi che vi sono espressamente contemplati, e per ogni altro atto eccedente la semplice amministrazione, qualunque potesse esserne l'analogia con quelli previsti nel detto articolo, ritenendo invece indispensabile la formalità ordinaria dell'autorizzazione del tribunale civile.

Nonostante la generalità del ricordato principio, gli autori del nostro codice stimarono opportuno di fare una enumerazione, che troviamo espressa nelle seguenti parole dell'art. 224, § 2: " Egli però (il padre che rappresenta in " tutti gli atti civili il figlio minore, e ne amministra i beni) " non può *alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del figlio,* " *contrarre a nome di lui mutui od altre obbligazioni eccedenti* " *i limiti della semplice amministrazione, se non per cause* " *di necessità o di utilità evidente del figlio stesso, e mediante* " *l'autorizzazione del tribunale civile* „.

Potremmo dispensarci dal seguire questa enumerazione, inevitabilmente imperfetta; potremmo limitarci a dire che della formalità prescritta in quella disposizione abbisognano tutti gli atti, i quali, secondo le dimostrazioni che altrove procurammo di dare, non stanno entro i limiti della semplice amministrazione.

Ma ciò che forse avrebbe potuto omettersi nella disposizione della legge, non lo reputiamo inutile a complemento di una esposizione teorica; epperò parleremo estesamente degli atti eccedenti la semplice amministrazione, pei quali è richiesta l'autorizzazione del tribunale civile, facendone

---

(1) V. sopra, n. 201, pag. 460 e seg.

però una più larga classificazione, tratta dalla diversa indole che quegli atti possono prendere dal loro particolare oggetto.

La legge parla in genere di *alienazione* dei beni del figlio, e ciò richiama principalmente al pensiero gli atti o contratti pei quali si trasmetta ad altra persona la piena proprietà di certi beni; ma vi si comprendono in lato senso anche quelli con cui si costituiscano diritti reali che limitino gli attributi della proprietà e ne formino uno smembramento in favore altrui.

Vi sono anche atti o contratti coi quali si costituiscono *diritti reali*, che però non formano veramente uno smembramento della proprietà. Ve ve sono altri con cui si costituiscono in favore altrui dei diritti che non hanno carattere di *reali*, ma che pure diminuiscono temporaneamente l'esercizio di alcuni attributi della proprietà.

Certi atti non hanno che un carattere *dichiarativo*, non attributivo di diritti; e tuttavia contengono elementi parificabili a quelli d'un *atto di disposizione*, perchè coi loro effetti privano la persona da cui son fatti di qualche diritto ch'essa aveva o poteva far valere relativamente a certi beni.

Sono in ultimo da considerare gli atti o contratti producenti obbligazioni personali, le quali eccedono la semplice amministrazione.

Cureremo di esaminare diligentemente queste diverse categorie di atti. Ma pure, quando avremo esaurita questa fatica, ci sarà forza ricorrere ancora al nostro principio fondamentale, e ripetere che qualunque altro atto che eccedesse la semplice amministrazione non potrebbe compiersi validamente dal genitore, pel figlio soggetto alla sua potestà, senza esservi autorizzato dal tribunale; giacchè, per quanto si faccia, è impossibile prevedere tutti i casi nei quali questo principio possa trovare applicazione.

218. (I). Cominciamo dunque dagli atti o contratti che l'art. 224, § 2, più evidentemente comprende sotto la denominazione generale di *alienazione;* quelli, cioè, pei quali

si trasferisca ad altra persona la *proprietà perfetta* di beni del minore, e val dire la proprietà con tutti i suoi attributi, senza restrizione alcuna, col diritto di *godere e disporre della cosa nel modo più assoluto ed esclusivo* (art. 436 cod. civ.).

Intorno a ciò non può esservi dubbio alcuno; questi atti o contratti superano le facoltà che il genitore, al quale compete la patria potestà, può esercitare da solo; ed egli non può procedere a verun atto o contratto di tale natura, se non per cause di necessità od utilità evidente del figlio, riconosciute dal tribunale che ne dia l'autorizzazione.

Nè vi è luogo a distinguere circa la qualità dei beni che si tratti di alienare, nè circa la natura dell'atto con cui l'alienazione si faccia. È dunque indifferente che si tratti di beni immobili per natura o per destinazione o per l'oggetto a cui si riferiscono, o di beni mobili per natura o per determinazione della legge.

Che anche i beni mobili siano compresi nel divieto recato dall'art. 224, § 2, che anche per l'alienazione di essi sia generalmente necessaria l'autorizzazione del tribunale civile, e solo per eccezione basti l'autorizzazione del pretore nel caso restrittivamente contemplato e sotto le condizioni prescritte dall'art. 225, sono massime che già dimostrammo e che qui ci basta di richiamare (1).

Ma abbiam detto inoltre che non si fa luogo a distinguere tra gl'immobili per natura o per destinazione o per l'oggetto, nè tra i mobili per natura o per determinazione della legge; e intorno a ciò non sarà forse inopportuna qualche particolare riflessione.

Tra i beni immobili per destinazione si suddistinguono *le cose che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo* (art. 413 codice civile) e gli *oggetti mobili annessi dal proprietario ad un fondo od edifizio per rimanervi stabilmente* (art. 414 codice civile). Questi ultimi non potrebbero mai essere validamente alie-

(1) V. sopra, n. 208, pag. 506 e seg.

nati dall'amministratore legale senza esservi autorizzato dal tribunale. È difficile immaginare che tali oggetti, anche considerati nella loro vera natura, come distaccati dal fondo o dall'edifizio a cui erano stati annessi, possano qualificarsi come *soggetti a deterioramento*, e tali quindi da potersi applicare per essi la disposizione eccezionale dell'art. 225, e ritener quindi sufficiente per la validità della loro alienazione la semplice autorizzazione del pretore. Ma anche indipendentemente da ciò, par chiaro che l'atto stesso di distogliere quegli oggetti dall'immobile, di cui facevano parte accessoria, equivarrebbe ad una disposizione parziale dell'immobile stesso, la quale perciò richiederebbe la formalità più rigorosa stabilita nell'art. 224, § 2. Considerazioni ben diverse dovrebbero farsi, se non erriamo, rispetto alle cose che il proprietario d'un fondo vi avesse poste pel servizio e per la coltivazione di esso. Queste cose non ritraggono la loro qualificazione giuridica d'immobili se non dalla finzione della legge, basata sul servizio ch'esse son destinate a rendere all'agricoltura od all'industria come addette ad un fondo. Se questa base venga a mancare, cessa necessariamente anche la finzione giuridica che vi si fondava, e quelle cose riprendono anche giuridicamente la loro propria natura mobiliare. E se esse sono, come saranno generalmente, *soggette a deterioramento*, diverrà applicabile l'articolo 225. Così suppongasi che un fondo condotto prima ad economia sia dato in affitto, o che si faccia un nuovo contratto di locazione, o che si cessi dall'esercizio d'una cartiera, d'un mulino o d'una fabbrica, e divengano perciò disponibili le cose che servivano alla coltivazione del fondo o all'esercizio della fabbrica, o quelle che erano consegnate al conduttore cessante e da lui restituite. Queste cose non potranno ormai considerarsi anche giuridicamente se non come mobili, ed essendo *soggette a deterioramento* potranno essere alienate colla sola autorizzazione del pretore, senza dover ricorrere al tribunale.

Inoltre possono esservi certe alienazioni di beni, che sarebbero immobilizzati per destinazione, le quali tuttavia debbano considerarsi come *atti di semplice amministrazione*, sicchè possano farsi per autorità propria dell'amministratore legale, senza bisogno di ricorrere a nessuna autorizzazione. Così avviene, come altra volta accennammo, di quelle alienazioni che sono indispensabili per sostituire nuovi oggetti a quelli che divengono meno adatti al servizio per cui sono destinati, — come, ad es., per gli animali addetti alla coltura e per gli strumenti rurali — o per provvedere alla conservazione dei valori capitali, rispetto a quelle cose che siano soggette a così facile deteriorazione da essere urgente l'alienarle senza poter attendere l'adempimento di formalità abilitanti (1).

Degl'immobili poi *per l'oggetto* a cui si riferiscono, ossia dei *diritti* che *si applicano a beni immobili* e che sono determinati nell'art. 415 codice civile, non potrebbesi mai fare atto alcuno di disposizione senza l'autorizzazione del tribunale civile. Così sarebbero fuor di dubbio soggetti a questa formalità gli atti di rinunzia, sebbene con correspettivo, a diritti di enfiteusi, d'usufrutto o d'uso su cose immobili, di abitazione, di servitù prediali, ad azioni tendenti a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi, e le cessioni di queste medesime azioni.

Lo stesso deve dirsi dell'alienazione, in qualunque modo sia fatta, non solo dei *beni mobili per natura* — quando non siano *soggetti a deterioramento*, nel qual caso basterebbe l'autorizzazione del pretore, secondo l'articolo 225 — ma ancora dei *beni mobili per determinazione della legge*, quali sono *i diritti e le azioni anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di denaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria* (art. 418 codice civile). Così dunque la cessione a titolo oneroso d'un credito o d'un diritto mobiliare (art. 1538

(1) V. sopra, n. 208, pag. 510-511.

codice civile) sarebbe da comprendersi tra gli atti contemplati nell'art. 224, § 2, pei quali è necessaria l'autorizzazione del tribunale civile, e questa non può concedersi se non per cause di necessità o di utilità evidente. Di ciò non potrebb'esservi alcun dubbio nel caso che il prezzo della cessione fosse inferiore all'ammontare del credito ceduto. Ma se lo eguagli, non potrà dirsi che tutto si riduce in sostanza alla *riscossione d'un capitale*, salvochè il pagamento ne è fatto da un terzo, il quale rimane investito dei diritti del creditore da lui soddisfatto, e che perciò dovrà bastare la formalità ordinata dall'art. 225, cioè l'*autorizzazione del pretore?* È però facile il convincersi della profonda differenza che passa tra la riscossione d'un capitale e la cessione del credito, ancorchè il prezzo di questa equivalga all'ammontare totale del capitale stesso. Quando non si fa che ricevere ciò che ci è dovuto, il contegno del creditore è puramente passivo, e l'operazione non ha altro oggetto che la liberazione del debitore. Al contrario opera attivamente il creditore, quando colla cessione trasmette ad altra persona i diritti che gli appartengono; il credito allora non si estingue, ma continua realmente a sussistere passando in capo del cessionario; l'intenzione comune delle parti contraenti non è di liberare il debitore, ma di alienare ed acquistare rispettivamente il credito; e il danaro che passa nelle mani del creditore originario non gli è dato a titolo di pagamento, ma di prezzo dell'alienazione che egli fa dei proprii diritti. È possibile, dopo ciò, parificare la cessione d'un credito alla semplice riscossione d'un capitale? È possibile sottrarre questo contratto, che si faccia nell'interesse d'un minore soggetto a patria potestà, alla regola generale dell'art. 224, § 2, che sottomette *qualunque alienazione di beni* alla formalità dell'autorizzazione del tribunale civile? Si aggiunga che il cedente è obbligato alla *garantìa* verso il cessionario (art. 1542 codice civile), e ciò stesso basterebbe a rendere necessaria, a termini del predetto art. 224, § 2, l'autorizzazione del tribunale,

poichè non è dubbio che si tratterebbe di contrarre una *obbligazione eccedente i limiti della semplice amministrazione.*

Basterà almeno l'autorizzazione del pretore allorchè un terzo paghi il capitale dovuto al minore con surrogazione nei diritti di lui? Tale domanda si collega ad una grande questione, vivissimamente agitata nella dottrina. La surrogazione, specialmente quando avvenga per convenzione *col creditore* (art. 1252, n. 1, codice civile) dev'essa parificarsi completamente alla *cessione del credito?* Si producono per l'una e per l'altra gli stessi effetti, specialmente quanto alla *garantìa* dell'esistenza del credito al tempo in cui la surrogazione avviene? È evidente che se si dovesse rispondere affermativamente a queste domande ne risulterebbe che la surrogazione, quella almeno per convenzione col creditore, dovendo considerarsi come un *atto di disposizione del credito*, fosse necessario, qualora questo appartenesse ad un minore soggetto a patria potestà, di adempiere la formalità abilitante prescritta dall'art. 224, § 2, e non bastasse l'autorizzazione del pretore. Sarebbe fuori d'ogni opportunità l'entrare qui incidentemente in una discussione di tanta importanza. Ci accontenteremo di accennare qualche idea generale. Non reputiamo giusto il concetto di coloro i quali sostengono che la surrogazione è operativa del trasferimento, non già *del credito*, ma delle sole *guarentigie accessorie* di esso, come privilegi, ipoteche, fideiussione. Ciò è contraddetto dal testo medesimo della legge, la quale parla della surrogazione *nei diritti, nelle azioni, nei privilegi e nelle ipoteche* del creditore (art. 1252, 1253 codice civile). D'altra parte non parrebbe nemmeno razionale; poichè se non avvenisse il *trasferimento del credito*, che è il principale, come potrebbe verificarsi il trasferimento degli accessori, che sono le garentie?

Ma non crediamo neppure esatto il parificare completamente la surrogazione, sia pure per convenzione col creditore, alla cessione del credito. La surrogazione ha per

base il *pagamento*, che produce essenzialmente la *estinzione del credito*. Come possono stare insieme la estinzione e il trasferimento del medesimo credito, che se si trasmette ad altra persona dev'essere necessariamente ancora attivo? Questa conciliazione, impossibile secondo la realtà delle cose, non può certamente essere opera se non d'una *finzione della legge*. Ma allora tra la cessione del credito e il trasferimento di esso per surrogazione deve passare quella medesima differenza che sta fra la realtà e la finzione; fra la realtà che ha limiti suoi proprii e naturali e la finzione che non ha altri limiti fuor di quelli assegnatile dalla legge che la stabilisce.

Or questa finzione, che ha luogo nella surrogazione, è forse nell'interesse del creditore? Evidentemente no; poichè quanto a lui tutto è esaurito col pagamento, che estingue il suo credito. La finzione è tutta esclusivamente *nell'interesse del terzo*, che paga il debito altrui. Pel creditore il pagamento con surrogazione non è altro veramente che *la riscossione* dell'aver suo, non punto un atto di disposizione di diritti, che non possono più sussistere per lui dal momento che il suo credito si estingue. Pel terzo soltanto, che fa il pagamento con surrogazione, si opera la trasmissione di quei medesimi diritti che spettavano al creditore pel quale rimangono estinti. Da queste idee fondamentali deriva come conseguenza irrecusabile un altro principio: che *chi è capace a ricevere un pagamento è perciò stesso capace eziandio a consentire una surrogazione a favore del terzo, dal quale il pagamento sia operato*. E ciò risolve chiaramente e sicuramente il nostro quesito; poichè se il padre, come amministratore legale dei beni del figlio, può riscuotere i capitali a questo spettanti colla sola autorizzazione del pretore, l'adempimento di questa formalità sarà pure sufficiente affinchè possa operarsi validamente la surrogazione in favore del terzo, che paghi.

Questa conclusione, che ci sembra evidentemente giustificata in teoria, può anche affrontare la prova delle appli-

cazioni pratiche senza che le si possano rimproverare inconvenienti d'alcuna sorta.

Supponiamo prima che il pagamento sia fatto da un terzo a vantaggio di cui la legge stessa ammetta il benefizio della surrogazione (art. 1253 codice civile). Dove troveremmo qui gli elementi d'una *disposizione dei beni* del minore, sicchè potesse dirsi applicabile l'art. 224, § 2? Il genitore esercente la patria potestà non fa altro veramente che *riscuotere un capitale*. La trasmissione di diritti a favore del terzo che paga è opera esclusivamente della legge, e i diritti che si trasferiscono al terzo sarebbero ad ogni modo estinti pel minore col pagamento che gli è fatto, cosicchè nessun danno, nessuna diminuzione ne potrebbe derivare nè direttamente nè indirettamente pel suo patrimonio. Identiche considerazioni valgono eziandio pel caso in cui la surrogazione avvenga *per convenzione col debitore* (articolo 1252, n. 2, cod. civ.). Il dubbio, se mai, non potrebbe essere che circa la *surrogazione per convenzione col creditore* (art. 1252, n. 1, cod. civile). Ma quale dubbio? Alla terza persona che opera il pagamento, si trasmette, è vero, il credito colle accessorie garentie; e questo trasferimento è un effetto della convenzione tra il terzo e l'amministratore legale del creditore. Ma può dirsi perciò ch'egli *abbia disposto dei beni, dei diritti* del minore, che con quest'atto abbia causata o possa anche solo indirettamente causare una diminuzione del patrimonio dell'amministrato? Nulla affatto; poichè i diritti, ch'egli trasferisce al terzo che paga, sarebbero senz'altro estinti pel minore per effetto del pagamento stesso; sicchè basta che l'amministratore abbia adempite le formalità necessarie per essere abilitato a ricevere il pagamento, affinchè possa validamente consentire, a favore del terzo che lo opera, la trasmissione dei diritti che vengono ad estinguersi pel creditore originario da lui rappresentato.

Da tutto ciò possiam dunque oramai conchiudere con sicurezza che, a differenza della *cessione del credito*, *la*

surrogazione, anche *per convenzione col creditore*, non può mai considerarsi come uno degli atti eccedenti la semplice amministrazione, pei quali occorre, a termini dell'art. 224, § 2, l'autorizzazione del tribunale civile; chè, anzi, basterebbe che a tenore dell'art. 225 il genitore fosse stato autorizzato dal pretore alla riscossione del capitale, perchè potesse consentire al terzo, da cui fosse eseguito il pagamento, la surrogazione, ancorchè non gli fosse stata data espressa facoltà a tale uopo nell'ordinanza di autorizzazione per riscuotere il capitale.

Quando si tratti di atti di alienazione della proprietà di qualsiasi bene del minore, è sempre necessario, come abbiam detto, l'autorizzazione del tribunale civile, senza distinguere la qualità del contratto con cui l'alienazione sia fatta. Così sarebbe indifferente che si trattasse di una *vendita*, o di un *dato in paga*, o di una *permuta*, o di una *società* nella quale fossero messi in comunione beni appartenenti al minore, o d'una stipulazione di rendita perpetua o vitalizia mediante cessione di alcuno di tali beni.

219. (II). Accennammo in secondo luogo a quegli atti o contratti coi quali non si trasferisca altrui la piena proprietà d'una cosa del minore, ma si costituisca sovra essa qualche diritto reale che formi uno smembramento della proprietà stessa. Ciò avviene ogni volta che la costituzione d'un dato diritto reale sovra un bene determinato limiti nel concedente gli attributi della piena proprietà, e trasmetta nel concessionario diritti corrispondenti a quegli attributi. Così nella costituzione di enfiteusi, o temporaria o perpetua, il concedente non si spoglia totalmente del dominio del fondo formante oggetto del contratto; chè, anzi, quand'anche la concessione sia a perpetuità, conserva sul fondo medesimo un dominio, che si dice *diretto*, e che è rappresentato dal diritto di percepire un'annua determinata prestazione in denaro o in derrate (art. 1556 cod. civ.) e dalla eventuale devoluzione del fondo enfi-

teutico (art. 1565 cod. civile). Ma non è men vero che all'enfiteuta passano gli attributi della proprietà consistenti nel diritto di *godere* del fondo (art. 1561 cod. civ.) ed anche di *disporne*, senza lesione, ben s'intende, dei diritti del concedente (art. 1562 cod. civ.). Vi ha dunque un evidente smembramento della proprietà; e i diritti dell'enfiteuta prendono infatti complessivamente il nome di *dominio utile*.

Parimente in una costituzione d'*usufrutto*, d'*uso* o di *abitazione*, gli attributi della proprietà, nel tempo di durata di questi diritti, si trovano divisi tra il proprietario e l'usufruttuario o l'usuario o l'avente diritto di abitazione; spettando al primo il *diritto di disporre* della cosa, ai secondi quello di *goderne*, salvo, bene inteso, che l'esercizio dei diritti d'una delle parti non debba mai farsi con pregiudizio di quelli dell'altra (art. 477, 521, 522 cod. civile).

Un simile effetto giuridico è pure prodotto dalla costituzione di *servitù prediali* (art. 531 cod. civ.); giacchè il proprietario del fondo dominante ha per l'utilità di questo il diritto di usare del fondo serviente nel modo risultante dalla servitù stessa.

Abbiam detto che gli atti o contratti di questa specie possono comprendersi sotto la parola generale di *alienazione*, usata nell'art. 224, § 2, intendendola in un largo significato; nè crediamo necessarie molte parole a dimostrare la verità di questa proposizione. Aliena invero chi si spoglia, sebbene parzialmente soltanto, degli attributi della proprietà d'una cosa, trasmettendo ad un'altra persona i diritti corrispondenti a questi medesimi attributi. D'altra parte, anche indipendentemente da ciò, niuno per certo vorrebbe negare che atti di questa natura *eccedano i limiti della semplice amministrazione*, epperò, a termini dell'art. 224, § 2, siano compresi tra quelli pei quali non può competere libera facoltà al genitore, come amministratore legale dei beni del figlio, ma che possono essere

permessi solamente per cause *di necessità o di utilità evidente del figlio* medesimo, e *mediante autorizzazione del tribunale civile.*

220. (III). Vengono in terza linea gli atti o contratti coi quali si costituiscano diritti reali, che però non formino veramente uno smembramento della proprietà; e collochiamo in questa categoria gli atti con cui si costituisca pegno od ipoteca. V'è una questione gravemente disputata in teoria, per stabilire se l'ipoteca sia da considerarsi come un diritto reale perfetto, e se in ogni caso essa formi veramente uno *smembramento della proprietà*, al pari dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione, della servitù prediale. Senza discutere di ciò in luogo che non sarebbe opportuno, ci limiteremo a dire che, per quanto a noi pare, non può scorgersi con precisione di concetto un vero smembramento di proprietà se non laddove gli attributi di questa si trovino divisi sopra una medesima cosa tra più persone — come appunto avviene nell'usufrutto, nell'uso, nell'abitazione, nelle servitù; — che quando all'opposto gli attributi della proprietà siano semplicemente limitati presso il proprietario, da diritti ch'egli abbia conceduti sulla cosa sua ad altra persona, questi diritti potranno essere ancora perfettamente *reali*, se creino rapporti diretti tra la cosa e la persona alla quale tali diritti siano attribuiti, con assoluta indipendenza dalla persona del concedente; ma non per questo potrà dirsi che sussista veramente uno *smembramento della proprietà*, quando nessuno degli attributi di essa sia stato trasmesso all'acquirente.

Questi principii, se sono, come ci sembrano, veri, sarebbero appunto applicabili al pegno ed all'ipoteca; pei quali si costituisce un rapporto diretto tra la persona del creditore e la cosa sulla quale è stabilita la garentìa del credito; rapporto che limita nel costituente l'esercizio degli attributi della proprietà, essendogli reso impossibile il disporre

ormai della cosa senza il gravame della guarentigia reale a cui l'ha assoggettata; rapporto che quindi, dal momento in cui è costituito, è reso indipendente affatto dalla persona del costituente, e che nondimeno non investe veramente il creditore di nessuno degli attributi della proprietà, nè del godimento nè della disposizione di essa. Vero è bene che il creditore può *far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento fino a concorrenza del debito, o sia venduto all'incanto* (art. 1884 cod. civile); vero ancora che può promuovere l'espropriazione forzata dell'immobile ipotecato, anche contro un terzo possessore (art. 2014 cod. civ.). Ma questo non può certo parificarsi all'assoluta *facoltà di disporre*, che fa parte essenziale degli attributi della proprietà (art. 436 cod. civ.). Tanto è ciò vero, che l'articolo 1884 comincia dallo stabilire la massima fondamentale che " il creditore non può disporre " del pegno pel non effettuato pagamento „. Il diritto del creditore di procurarsi il soddisfacimento di ciò che gli è dovuto, mediante un procedimento di esecuzione forzata sulla cosa vincolata a sua guarentia, non è in sostanza di natura diversa da quello che spetta sempre ai creditori, di promuovere l'espropriazione dei beni del loro debitore per procacciarsi il pagamento; salvochè questo diritto, in virtù della costituzione dell'ipoteca, si è reso inerente ai beni che ne formano oggetto, e può quindi esercitarsi anche contro terzi possessori.

Da questo deduciamo dunque che il pegno o l'ipoteca, quantunque facciano luogo a *diritti reali perfetti*, non costituiscono però veramente uno *smembramento di proprietà*. Nondimeno l'art. 224, § 2, annovera espressamente l'*ipotecare* e il *dare a pegno* tra le convenzioni che non possono farsi in nome di un minore soggetto a patria potestà, se non con l'autorizzazione data dal tribunale civile per cause di necessità o di evidente utilità del figlio. Nè infatti era possibile dubitare che tali atti dovessero riguardarsi come *eccedenti i limiti della semplice ammini-*

strazione, sicchè la ricordata formalità dovesse divenire necessaria. D'altronde il dare a pegno od ipoteca è sempre stato considerato, e non a torto, come contenente gli estremi d'una specie di alienazione indiretta; inquantochè il concedente limita a sè medesimo con quegli atti la disponibilità dei beni che assoggetta a tali vincoli, e che non può più trasmettere ad altri se non coll'inerenza dei vincoli stessi; e ad un'alienazione forzata può poi condurre di fatto la realizzazione del diritto conceduto al creditore. Ond'è che la costituzione di queste guarentìe reali può bene spesso recare al patrimonio su cui sono concedute pericoli di danno non minore e spesso più grave di quello che potrebbe derivare da una diretta alienazione.

221. (IV). Abbiamo accennato poter accadere talvolta che si costituiscano in favor d'altri relativamente ai beni del minore certi diritti, i quali non abbiano vero carattere di *realità;* ma tuttavia, corrispondendovi una diminuzione almeno temporanea degli attributi della proprietà, debbano perciò anche questi atti considerarsi come *eccedenti la semplice amministrazione*, epperò tali da richiedere l'intervento della formalità abilitante prescritta dall'art. 224, § 2, affinchè l'amministratore legale possa effettuarli in nome del minore stesso.

Ce ne offre un esempio evidente la *locazione per tempo maggiore di nove anni.* È riconosciuto generalmente — se si eccettua qualche rarissima opinione in contrario — che chi dà in locazione una cosa, non attribuisce al conduttore un *diritto reale* sulla cosa stessa. Colla locazione, " una delle parti contraenti *si obbliga di far godere l'altra* " *di una cosa* per un determinato tempo e mediante un " determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle „ (art. 1569 cod. civ.). Non è dunque che una *obbligazione personale* contratta dal locatore, e corrispondentemente un *diritto personale* acquistato dal conduttore. Nondimeno

l'interesse stesso delle parti, in un contratto di tanta frequenza e di tanta importanza economica quale è questo, e più ancora l'interesse generale dell'agricoltura, ha fatto derogare in questa materia alla regola comune, secondo cui le obbligazioni personali si trasmettono passivamente da chi le ha contratte ai proprii successori universali, agli *eredi*, ma i successori particolari, gli *aventi-causa*, non debbono subire che *gli oneri realmente inerenti alla cosa* in cui succedano, alla cosa da essi acquistata; e si è stabilito che: " Se il locatore vende la cosa locata, il compratore è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa, semprechè il locatore stesso non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita " (art. 1597 cod. civ.). Il compratore è dunque *tenuto a stare alla locazione*, cioè a rispettare ed eseguire il contratto in tutti i suoi effetti, per tutte le obbligazioni personali assunte in questo contratto dal venditore; e ciò per una eccezione alle regole ordinarie, giustificata da un importantissimo interesse economico generale. Così anche il compratore, come succeduto nelle obbligazioni personali del locatore originario, potrà essere costretto a *mantenere la cosa in istato di servire all'uso per cui venne locata* (art. 1575, n. 2, cod. civ.), a *fare le riparazioni* che possano essere necessarie, eccettuate quelle semplicemente *locative* (art. 1576, § 2, codice civile); mentre se il diritto del conduttore fosse reale, e da ciò dipendesse la disposizione dell'art. 1597, il compratore non potrebbe avere che il carico di *lasciar godere* della cosa locata il conduttore, senza però dover sottostare a nessuna delle obbligazioni personali assunte col suo contratto dal locatore primitivo.

Ma sebbene la locazione non attribuisca al conduttore un *diritto reale* sulla cosa locata, poichè per altro in via di singolare eccezione fu stabilito dalla legge che le obbligazioni personali nascenti da quel contratto si trasmettano

passivamente all'acquirente della cosa predetta, è chiaro che resta con ciò limitato l'esercizio d'uno degli essenziali attributi della proprietà, qual' è la facoltà di disporre; poichè il locatore non può omai disporre della cosa se non col gravame di rispettare la locazione a cui l'ha assoggettata. Ciò non ostante la locazione non cessa di essere pel locatore un atto per sè stesso di semplice amministrazione, tendente soltanto a procurare al proprietario i redditi di cui la cosa è suscettibile; epperò, come già abbiamo veduto, anche il padre, nella qualità sua di amministratore legale, può dare in locazione i beni del figlio. Ma quando la locazione si faccia *a lungo tempo*, cioè per una durata maggiore di nove anni, siccome la limitazione che subisce la facoltà di disporre da parte del locatore può produrre eziandio una notevole diminuzione di valor capitale nel fondo, così l'atto è riguardato eccezionalmente come eccedente la semplice amministrazione, e perciò si richiede l'autorizzazione del tribunale civile (art. 224, § 2, e 1572 cod. civ.) (1).

Altro esempio di un contratto, pel quale si costituisce un diritto *reale*, ma che pure apporta una limitazione temporanea all'esercizio degli attributi della proprietà, si trova nell'*anticresi*. La nostra legge stabilisce che " l'*anticresi* " *non produce effetto che nei rapporti tra debitore e creditore* " *e i loro eredi* „ (art. 1897 cod. civile); il che pertanto esclude qualunque idea di *diritto reale*. Pure, siccome con tale contratto " il creditore acquista il diritto di fare suoi " i frutti dell'immobile del suo debitore, coll'obbligo d'im- " putarli annualmente a sconto degl'interessi, se gli sono " dovuti, e quindi del capitale del suo credito (art. 1891 " cod. civ.); „ e siccome " Il debitore non può rientrare " nel godimento dello immobile che ha dato in anti- " cresi, prima che abbia soddisfatto interamente il debito „ (articolo 1893, § 1, codice civile); il contratto predetto

(1) V. sopra, n. 202, pag. 473-474.

limita dunque a danno del debitore uno degli attributi della proprietà, qual è il *godimento* della cosa che ne forma oggetto. Epperò se accadesse che pel figlio fosse necessario od evidentemente utile il dare in anticresi un suo immobile ad un creditore, sarebbe questo un atto da riguardarsi come *eccedente la semplice amministrazione*, e pel quale sarebbe pertanto necessaria l'autorizzazione del tribunale civile. Nè varrebbe l'obbiettare che il *disporre dei frutti* è atto per sè di amministrazione semplice; e che colla costituzione dell'anticresi non si fa altro veramente che una tale disposizione, poichè secondo il nostro articolo 1897 il creditore non acquista verun *diritto reale* sull'immobile. Certo fa parte della semplice amministrazione il *disporre de' frutti*, quando questa disposizione ha per oggetto i frutti già prodotti, e per fine di realizzarne il valore. Ma, come già dimostrammo, non potrebbe riguardarsi quale atto di semplice amministrazione ordinaria la disposizione anticipata di frutti futuri (1). Molto meno poi potrebbe dirsi atto di semplice amministrazione quello di attribuire ad un creditore coll'anticresi il diritto di fare suoi i frutti dell'immobile per un tempo indeterminato, per sino a che non sia soddisfatto interamente il debito; diritto questo, che se non ha carattere di *reale* a fronte de' terzi, produce però nei rapporti tra creditore e debitore gli effetti d'una disposizione del godimento temporaneo dell'immobile stesso.

222. (V). Abbiamo anche fatto cenno di certi atti pei quali nè si trasmette altrui la proprietà, nè si costituisce un diritto, reale o no, sovra alcun bene; atti i quali hanno caratteri ed effetti puramente *dichiarativi*, non attributivi di diritti in favore d'altra persona. Ciò avviene quando coll'atto la persona che n'è autrice non fa che abdicare un diritto che le era devoluto, ma che non aveva ancora

(1) V. sopra, n. 201, pag. 470 e seg.

accettato — come nella rinunzia ad una eredità —; o determinare retroattivamente i diritti proprii a fronte di quelli appartenenti ad altre persone sui medesimi beni — come nella divisione; — o far constare diritti preesistenti in favore altrui — come negli *atti di ricognizione;* — o convalidare un atto anteriore — come nella conferma o ratifica. — E tuttavia quando coi loro effetti questi atti possano produrre, anche solo indirettamente, una diminuzione della sostanza patrimoniale dell'amministrato, cagionandogli una privazione anche parziale di diritti che dovrebbero legittimamente appartenergli, o assoggettandolo ad obbligazioni o ad oneri reali che non esisterebbero a suo carico, è troppo evidente che si esce dai limiti della semplice amministrazione. Poichè, non bisogna dimenticarlo, eccedono questi limiti non solo gli atti che rechino una alienazione totale o parziale, ma quelli eziandio i quali contengano elementi d'una *disposizione anche indiretta* di beni quali che siano, corporali o incorporali, che facciano parte della sostanza patrimoniale dell'amministrato. Epperò per tali atti si richiederà pure l'adempimento delle condizioni prescritte dall'art. 224, § 2. Dall'esame particolare di ciascuna delle categorie di atti sopra enunciate potrà apparire ancor più chiara la verità della proposizione ora detta.

La *rinunzia all'eredità*, come prima d'ora osservammo, non potrebbe qualificarsi giuridicamente *atto di alienazione*, dappoichè " chi rinunzia all'eredità è considerato come se " non vi fosse mai stato chiamato „ (art. 945 cod. civ.) e affinchè sia ammissibile il concetto di *alienazione* è indispensabile che al momento di essa si abbiano quei diritti che si vogliono trasmettere. D'altra parte il rinunziante non trasmette veramente i proprii diritti all'una piuttosto che all'altra persona, ma semplicemente li abbandona, ed è poi la legge che determina a chi essi debbansi devolvere. Tuttavia coll'atto suo il rinunziante si spoglia effettivamente e retroattivamente delle ragioni ereditarie, delle

quali era rivestito di pien diritto fin dal momento della aperta successione, abbandona i vantaggi che dall'eredità potevano derivargli, dispone così indirettamente dei beni che gliene fossero potuti provenire, e ciò basta per dover dire che la rinunzia all'eredità è un atto che eccede i limiti della semplice amministrazione. Il genitore, che amministra legalmente i beni del figlio, dovrà dunque per compiere validamente quest'atto riportare l'autorizzazione del tribunale civile. Non si obbietti che affinchè quest'autorizzazione si rendesse possibile sarebbe necessaria, a tenore dell'art. 224, § 2, *l'evidente utilità del figlio;* e questa non potrebbe verificarsi, trattandosi di spogliare definitivamente e assolutamente il figlio di diritti che non potrebbero mai rivolgersi in suo danno, in virtù della regola che " *le eredità devolute ai figli soggetti a patria potestà* " *saranno accettate dal padre col benefizio dell'inventario* " (art. 226, § 1, cod. civ.). Già accennammo come avvenga che non ostante questo benefizio l'accettazione possa tuttavia nuocere sotto certi rapporti al minore, e arrecargli una diminuzione di sostanza patrimoniale, sicchè sia preferibile la rinunzia (1). E infatti per riguardo ai minori soggetti a tutela la legge ammette espressamente che il tutore possa in loro nome *ripudiare eredità*, purchè vi sia *autorizzato dal consiglio di famiglia* (art. 296 cod. civ.). Per quelli soggetti a patria potestà è regolato con apposita disposizione ciò che concerne l'*accettazione* delle eredità (art. 226 cod. civ.), ed è invece taciuto della *rinunzia*. Ciò però non significa esclusione assoluta della rinunzia, obbligo indeclinabile del padre di accettare con benefizio d'inventario l'eredità devoluta al figlio; poichè, per quanto raro, può pure verificarsi il caso in cui la rinunzia sia di *evidente utilità* del figlio. Solamente questa utilità dovrà essere riconosciuta e l'atto essere autorizzato dal tribunale civile. E se potrà osservarsi che in questo particolare riesca

(1) V. sopra, n. 206, pag. 490.

più rigorosa la forma abilitante richiesta pel genitore esercente la patria potestà, che quella voluta pel tutore, non avremo però a meravigliarcene; sia per la impossibilità di applicazione di quella forma speciale che fu prescritta per la tutela, non essendovi nell'ordinamento della patria potestà il consiglio di famiglia, sia perchè l'essersi dispensata l'amministrazione paterna da molte delle cautele generali stabilite per l'amministrazione tutoria, giustifica che in alcuni particolari vi si sia supplito col prescrivere qualche formalità più rigorosa nell'autorizzazione da riportarsi per certi atti.

Nella divisione ereditaria " Ciascun coerede è riputato " solo ed immediato successore in tutti i beni componenti " la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi; " e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli " altri beni ereditari „ (art. 1034 cod. civ.). In quest'atto non possono dunque scorgersi, secondo la nostra legge, gli elementi d'un'alienazione, d'una trasmissione parziale di proprietà sui beni che a ciascun coerede vengano assegnati, per la quota di condominio che gli altri vi avevano. È un atto semplicemente *dichiarativo*, mediante il quale si determinano con retroattività di effetto i diritti esclusivi che ciascun condividente si reputa per finzione di legge avere avuto su ognuno dei beni ereditari fin dal tempo dell'aperta successione. Potremo forse qualificarlo perciò come un *atto di semplice amministrazione?* Gliene mancano evidentemente i caratteri, poichè il suo oggetto non è di *conservare i diritti* del condividente, ma di *determinarli* in modo definitivo e irretrattabile, in un modo che può anche gravemente pregiudicare al condividente medesimo e diminuirne la sostanza patrimoniale.

Certo, secondo il sistema della nostra legge, il condividente non fa atto di alienazione; ma *dispone dei proprii diritti ereditari, col determinarli* esclusivamente su alcuni dei beni della eredità, per modo che si reputa non avere mai avuto la proprietà degli altri beni; e come quelli che

gli vengono assegnati possono essere inferiori in valore a quanto gli si spetta, può dunque derivarne una diminuzione effettiva di sostanza patrimoniale.

Alcune delle legislazioni precedenti all'attuale nostra stabilivano che le divisioni potessero farsi amichevolmente *in quella forma e con quell'atto che le parti interessate credessero conveniente*, solamente quando *tutti gli eredi fossero presenti e in età maggiore;* altrimenti, pure ammettendo la possibilità di divisioni amichevoli, dovessero però seguirsi in esse certe forme particolari tracciate dalla legge, e specialmente dovessero premettersi le stime dei beni fatte da periti nominati dal giudice (art. 738 cod. pel regno delle Due Sicilie: 942, 943, 944 cod. Parm.; 1041, 1042, 1043 cod. Alb.; 1023, 1024, 1025 cod. Est.). Il codice nostro ha ammesso che " *fra i coeredi si possa convenire per una divisione amichevole* " (art. 986 cod. civ.) senza distinguere se tutti siano maggiori o alcuno di essi sia minore di età. Trattando dei minori soggetti a tutela, è stato dichiarato espressamente che il tutore *non può procedere a divisioni o provocarle giudizialmente senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia* (art. 296, § 1, cod. civ.); e quanto all'autorizzazione per la divisione amichevole si è richiesta inoltre l'*omologazione del tribunale* (art. 301, § 2, cod. civ.). Nulla fu disposto intorno alla divisione d'una eredità nella quale sia interessato un minore soggetto a patria potestà. Ma non per questo ci mancano norme, le quali troviamo abbastanza sicure nei principii generali; nè dobbiam ritenere che in questo rapporto possa sempre il genitore, come amministratore legale dei beni del figlio, procedere di propria autorità; nè possiamo d'altra parte escludere ogni facoltà in lui di agire nel modo che si manifesti più conveniente per l'interesse del figlio, procedendo anche, se ne sia il caso, a divisioni amichevoli.

Se la divisione sia provocata giudizialmente da qualche altro interessato, il genitore del minore può senza dubbio rappresentarlo nel relativo procedimento senza bisogno di

alcuna formalità abilitante. Più ancora, potrebbe il genitore promuovere egli stesso in nome del figlio minore la divisione; poichè, come abbiamo dimostrato, il padre rappresenta il figlio liberamente, e senza dover ricorrere a veruna autorizzazione, in tutti gli atti giudiziali, sia poi che il figlio vi figuri come attore o come convenuto (1). D'altra parte in questo procedimento meno che in qualunque altro può essere posto in pericolo l'interesse del figlio, meno che in qualunque altro si potrebbe pretendere di scorgervi gli elementi d'una indiretta disposizione dei beni di lui, poichè a guarentirne l'interesse, ad assicurare che gli venga assegnato quanto veramente gli si spetta, stanno le forme tutelari e solenni di cui la legge ha circondato il procedimento medesimo (art. 987 e seg. codice civ., 882 e seg. cod. proc. civ.).

Potrebbe però ancora il padre convenire pel figlio in un atto di divisione amichevole; ma poichè abbiam provato che quest'atto non può assolutamente qualificarsi *di semplice amministrazione*, sarebbe dunque necessaria, secondo la regola generale dell'art. 224, § 2, l'*autorizzazione del tribunale civile*, la quale non potrebb'essere conceduta se non quando il progetto di divisione apparisse *evidentemente utile* al figlio.

Ciò che dicemmo della divisione ereditaria è applicabile ugualmente, ben s'intende, alla divisione di beni che siano comuni tra il minore ed altri per qualunque altra causa (art. 684 cod. civile).

Gli *atti di ricognizione* (art. 1340 cod. civ.) non hanno nè possono avere alcun carattere di *attribuzione di diritti;* imperocchè il loro scopo concerne esclusivamente *la prova* di diritti altrui o di obbligazioni proprie, e il loro oggetto non consiste in altro che nel far constare mediante la confessione della parte la *preesistenza d'un diritto d'altra persona verso di lei, o d'una obbligazione di lei verso altra*

(1) V. sopra, n. 195, pag. 443-451.

persona. I motivi che inducono a tali atti possono essere diversi; o per mantenere l'efficacia giuridica dell'obbligazione propria o del diritto altrui, o per costituirne in modo legale, o per rinnovarne la prova. Sotto il primo aspetto la ricognizione serve ad interrompere il corso della prescrizione estintiva (art. 2129 cod. civile), ed è perciò che l'art. 1563 obbliga il possessore d'un fondo enfiteutico a fare, quando lo richieda il concedente, ogni ventinove anni, la ricognizione del diritto di quest'ultimo. La ricognizione può anche essere necessaria per costituire la prova scritta d'un atto o d'una convenzione preesistente, ma verbale soltanto, e può essere utile per rinnovare la prova scritta che sia stata precostituita, ma che nel lungo corso del tempo potrebb'essere andata smarrita. In tutti i casi però l'atto non reca mai costituzione di nuovi diritti o nuove obbligazioni, ma ne presuppone l'esistenza, della quale non è che la *confessione fatta in iscritto dalla parte*. Nonostante questo suo carattere puramente dichiarativo, non attributivo di diritti, la *ricognizione* che si facesse dall'amministratore legale in nome dell'amministrato non sarebbe però certamente da considerarsi per sè stessa attinente alla semplice amministrazione; dappoichè quell'atto, se valido, potrebbe avere per conseguenza di far ritenere come esistente un'obbligazione a carico del minore o un diritto a favore d'altri, che mai non avesse esistito giuridicamente o fosse rimasto per cause legittime estinto, e ciò equivarrebbe indirettamente a contrarre l'obbligazione o costituire il diritto. Per tali considerazioni appunto troviamo stabilito nell'art. 1361 del nostro codice che: “ La “ confessione di tutori ed amministratori non pregiudica “ agli amministrati se non quando sia fatta nei casi e modi “ per cui essi possono obbligare gli amministrati mede- “ desimi „. E poichè l'atto di ricognizione non è altro in sostanza che una *confessione* fatta, in iscritto, dalla parte, possiamo dunque applicare senz'altro anche a quell'atto la massima di ragione, scritta nel predetto articolo; rite-

nendo che un atto di ricognizione possa esser fatto validamente per autorità propria del padre, quale amministratore legale dei beni del figlio, solamente quando l'oggetto dell'atto medesimo stia nei limiti della semplice amministrazione; e nell'ipotesi opposta sia necessaria l'autorizzazione del tribunale civile, la quale potrà esser data o per causa di necessità — come nel caso contemplato dall'articolo 1563 codice civile — o di *evidente utilità* del figlio.

Ci proponemmo da ultimo di fare qualche osservazione intorno alla *conferma* o *ratifica;* due parole queste che anche nel nostro codice, come in altri, sono usate promiscuamente (articolo 1309 codice civile), sebbene nel rigore del linguaggio giuridico dovrebbe attribuirsi a ciascuna di esse un diverso significato. La ratifica propriamente consisterebbe nell'approvazione di ciò che altri avesse operato in nome nostro, sia agendo in qualità di mandatario, ma oltre le facoltà date nel mandato (art. 1752, § 2, cod. civ.), sia anche senza mandato promettendo il fatto del terzo (articolo 1129 cod. civ.). Intorno alla ratifica, intesa in questo senso proprio, non potrebbero presentarsi grandi difficoltà. Se l'oggetto dell'atto compiuto dal mandatario o dal terzo stesse entro i limiti della semplice amministrazione, il padre, quale amministratore legale del figlio, potrebbe, senza bisogno di alcuna autorizzazione e con piena validità, ratificare quell'atto, che così farebbe suo proprio rendendosene responsabile come se fosse stato effettuato personalmente da lui medesimo. Se poi si trattasse di cosa eccedente i limiti della semplice amministrazione, distingueremmo il caso in cui si ratificasse l'operato di un mandatario o quello di un terzo che avesse agito senza mandato. Fu il padre, che, autorizzato a norma di legge per un determinato atto eccedente l'amministrazione ordinaria, costituì un mandatario, il quale agì poi entro i limiti dell'autorizzazione data dal tribunale, ma eccedendo quelli che gli erano stati espressamente stabiliti nel mandato? E allora, siccome questo mandatario non può considerarsi

se non come sostituito dal padre a sè stesso per quel determinato atto (1), così il padre potrà ancora ratificare in nome proprio e sotto la sua responsabilità l'operato del mandatario. Fu un terzo, che senza essere rivestito d'alcun mandato contrattò *promettendo il fatto* del minore? E allora il padre, come rappresentante legittimo del minore stesso, potrà in nome di lui *ratificare l'operato del terzo*, quando vi sia *l'evidente utilità*, e purchè ne ottenga l'autorizzazione del tribunale civile.

Ma veniamo alla *conferma* propriamente detta, la quale consiste nel rinunziare al diritto che si avrebbe di chiedere l'annullazione d'un'obbligazione per un vizio di cui essa era infetta, eliminando così il vizio medesimo e facendo quindi considerare l'obbligazione come se fin dalla sua origine fosse stata perfettamente valida.

Che tale atto non possa per la natura sua considerarsi veramente come *attributivo di diritti* ci sembra manifesto. La creazione dell'obbligazione, la trasmissione della proprietà, la costituzione o trasmissione di un diritto reale qualunque, non è effetto dell'atto di conferma, ma del contratto originario, che solo è convalidato colla dichiarazione di rinunziare all'azione di nullità con cui poteva essere impugnato. Non abbiam dunque un atto attributivo ma dichiarativo di diritti.

Per altro sarebbe errore altrettanto evidente il considerare quell'atto come compreso entro i limiti della semplice amministrazione. È una rinunzia ad un diritto acquisito, e perciò stesso costituisce un modo di disporre della sostanza patrimoniale, di cui fa parte anche quel diritto. D'altro lato, convalidando un atto che si potrebbe far annullare, un atto che porta costituzione d'un'obbligazione, o trasmissione di proprietà, o costituzione d'un diritto reale, non si viene forse indirettamente a legarsi con obbligazione pienamente efficace, a trasmettere validamente la proprietà

(1) V. sopra, n. 215, pag. 537-538.

o il diritto reale, sebbene con effetto retroattivo e dipendente da un contratto anteriore?

La *conferma*, quantunque non possa qualificarsi come attributiva di diritti, è dunque veramente un atto che arreca disposizione di beni, e che però non può comprendersi nei limiti della semplice amministrazione, quando ecceda questi limiti l'oggetto dell'atto confermato.

Dobbiamo conchiuderne che la conferma di un atto o contratto annullabile possa farsi validamente in nome del figlio minore dal padre, come suo legale amministratore, ma solo colla forma abilitante dell'autorizzazione del tribunale civile, a norma dell'art. 224, § 2?

Guardiamoci, prima di tutto, dal confondere le diverse qualità, le quali possono esser proprie dell'atto che si convaliderebbe colla conferma. Vi sono atti — quelli di semplice amministrazione — che il genitore esercente la patria potestà può fare da solo come mandatario legale del minore. Supponiamo che il minore abbia fatto egli stesso uno di questi atti, per esempio una locazione per meno di nove anni. Se l'amministratore legale fosse intervenuto all'atto medesimo e lo avesse autorizzato, questo sarebbe valido. È vero che secondo il diritto nostro il minore è reputato completamente incapace ad agire personalmente, e l'amministratore che gli è dato dalla legge non è chiamato ad autorizzarlo, ma a *rappresentarlo in tutti gli atti civili*. Tuttavia non è da pensare che l'intervento personale del minore basti a produrre la nullità dell'atto, non ostante che intervenga pure e consenta l'amministratore legale. Con l'intervenire e consentire questi fa proprio quell'atto, e lo convalida, giacchè esso è compreso nelle libere sue facoltà di semplice amministrazione. E questo concetto è confermato dalla già citata disposizione dell'art. 1303, n. 1, la quale dichiara che: " Nelle obbligazioni dei minori l'azione " di nullità è ammessa allorchè *il minore non emancipato* " *ha fatto da sè un atto senza l'intervento del suo legittimo* " *rappresentante* ". Ma l'amministratore legale non è inter-

venuto all'atto; solo posteriormente lo ha approvato e confermato. Crederemmo, ciò non ostante, alla piena validità di questa conferma. Non si vede ragione perchè l'amministratore legale, che potrebbe rinnovare di propria autorità l'atto fatto nullamente dal minore, che avrebbe potuto renderlo valido fin da principio col proprio intervento e consenso, non possa anche convalidarlo retroattivamente facendolo proprio coll'approvazione datane posteriormente.

Ma supponiamo ora che si tratti d'un atto eccedente i limiti della semplice amministrazione — per esempio di una vendita o d'un mutuo — e il minore lo abbia fatto da sè senza l'intervento del suo legittimo rappresentante, o questi sia intervenuto ed abbia approvato, od anche abbia fatto l'atto egli stesso in rappresentanza del figlio, ma senza esservi stato autorizzato, come sarebbe stato necessario, dal tribunale civile. Potrà il contratto, annullabile per mancanza delle forme abilitanti prescritte dalla legge, essere confermato validamente dall'amministratore legale coll'autorizzazione richiesta per tutti gli atti eccedenti l'amministrazione ordinaria? Si noti che il quesito ora proposto non riguarda il poter bastare o no, per la validità di atti i quali non stiano entro i limiti della semplice amministrazione, l'intervento dell'autorizzazione del tribunale civile anche *dopo la celebrazione degli atti medesimi*. È questo un punto controverso, del quale ci occuperemo più avanti trattando appunto dell'autorizzazione del tribunale richiesta dall'art. 224, § 2. Ma ora supponiamo un *vero atto di conferma*, che voglia farsi dall'amministratore legale, riportandone formale autorizzazione dal tribunale civile; e domandiamo se ciò sarà possibile.

Per l'inadempimento delle forme stabilite dalla legge è acquisito al minore il diritto d'invocare la nullità relativa dell'obbligazione per lui contratta. Può essergli tolto questo diritto per fatto dell'amministratore legale e coll'approvazione dell'autorità giudiziaria? Fino a qui si potrebbe rispondere che legalmente sarebbe il minore stesso, il quale,

rappresentato dal padre, rinunzierebbe al diritto di promuovere la dichiarazione di nullità del contratto; e che se tale rinunzia eccede i limiti della semplice amministrazione ciò importa soltanto la necessità di ottenerne autorizzazione dal tribunale civile. Ma affinchè quest'autorizzazione potesse esser data, sarebbe condizione indispensabile, secondo l'art. 224, § 2, che si verificasse la *necessità* o l'*evidente utilità del figlio*. Ora la conferma pura e semplice sarebbe a tutto vantaggio dell'altra parte contraente, e nessuno ne potrebbe produrre pel minore; il quale, dipendentemente dall'inadempimento delle forme abilitanti prescritte dalla legge, ha in proprio favore soltanto un'azione di *nullità relativa, non opponibile dall'altro contraente* (articoli 227, 1107 codice civile). Dove potrebbe trovarsi la *necessità* o l'*utilità evidente* pel figlio di confermare un atto, che quanto a lui è già pienamente efficace, senz'alcuna eccezione opponibile dall'altra parte? Se però questa considerazione ci sembra decisiva in generale e per riguardo alla conferma pura e semplice, non è esclusa la possibilità che circostanze particolari, o modalità che venissero apposte alla conferma, potessero indurre una *evidente utilità* del figlio; la quale se si verificasse, potrebbe il tribunale autorizzare la conferma di un precedente atto o contratto annullabile relativamente al minore, come può autorizzare qualunque altro atto da farsi in nome del minore stesso, e che ecceda i limiti dell'amministrazione ordinaria.

223. (VI). Non abbiam parlato finora degli atti o contratti da cui derivino obbligazioni personali, che però abbiam veduto essere espressamente contemplati nell'articolo 224, § 2, dicendo che *il padre non può contrarre a nome del figlio minore mutui od altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione, se non per cause di necessità o di utilità evidente del figlio stesso, e mediante l'autorizzazione del tribunale civile.*

Sarebbe superfluo ripetere i principii colla scorta dei

quali abbiam dimostrato potersi discernere le obbligazioni che stiano entro i limiti della semplice amministrazione, da quelle che la eccedano (1). Ci limiteremo a parlare di alcuni casi nei quali le applicazioni di quelle regole potrebbero lasciare qualche dubbio. Intorno a quella delle obbligazioni eccedenti la semplice amministrazione che la legge ha espressamente ricordato, cioè il *contrarre mutui*, non abbiam pure che a rammentare quanto ne fu detto precedentemente (2). È noto a quali rovinose conseguenze tragga troppo spesso il ricorrere a quest'operazione, che lusinga di fallaci speranze il mutuatario, del quale poi depaupera e talvolta esaurisce il patrimonio coll'aggravare degl'interessi la somma capitale del debito. Ciò spiega il motivo dell'essersi questa sola, tra le tante obbligazioni che possono eccedere l'amministrazione ordinaria, citata ad esempio nella legge. La quale, non è dubbio, ebbe di mira principalmente appunto il *mutuo ad interesse* (art. 1829 e seg. cod. civ.). Ma non sembra contestabile che la medesima regola debba valere eziandio pel mutuo semplice; sia per la generalità della disposizione, la quale parla senza distinzione alcuna del *contrarre mutui;* sia perchè nonostante l'essere gratuito il contratto a favore del mutuatario, esso può ancora portare un pericolo abbastanza grave, e ad ogni modo non si può a meno di annoverarlo tra gli *atti eccedenti la semplice amministrazione*, essendochè un mutuo non è mai contratto se non pel bisogno di servirsi immediatamente di ciò che ne forma oggetto, e l'obbligo di restituire le cose ricevute ricade quindi necessariamente a carico della sostanza patrimoniale.

Tra le obbligazioni eccedenti l'amministrazione semplice devono pure annoverarsi quelle che si contraggono col *compromesso* e colla *transazione*. Mettiamo insieme questi due contratti, perchè la legge stessa li considera come soggetti

---

(1) V. sopra, n. 201, pag. 460 e seg.
(2) V. sopra, n. 213, pag. 527-528.

ad identiche regole in ordine alla capacità delle persone da cui siano fatti.

“ Il compromesso fatto da un amministratore, o da chi “ non può liberamente disporre della cosa su cui cade la “ controversia, non ha effetto se non quando sia approvato “ nei modi stabiliti per la transazione „ (art. 9, cod. procedura civile).

“ Per far transazione è necessario che si abbia la capa- “ cità di disporre degli oggetti compresi in essa „ (art. 1765 codice civile).

Chi transige dispone infatti parzialmente di ciò che forma oggetto di contestazione, poichè:

“ La transazione è un contratto, con cui le parti, *dando*, “ *promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa*, pongono “ fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite “ che può sorgere „ (art. 1764 cod. civ.).

Parimente chi compromette una controversia in uno o più arbitri dispone indirettamente ed eventualmente di ciò che forma oggetto del compromesso, col sottomettersi alla decisione degli arbitri.

È quindi chiaro quali regole derivino per la materia di cui trattiamo da questi principii fondamentali posti dalla legge.

Se ciò che forma oggetto della contestazione, che si vuol troncare colla transazione o far decidere mediante il compromesso, stia nei limiti della semplice amministrazione — come, per esempio, se verta intorno ad un contratto d'affitto, la cui durata non ecceda i nove anni, ad una vendita di frutti, ad un contratto di cottimo per opere di riparazioni, ecc. — il padre, come amministratore legale, potrà in nome del figlio compromettere la decisione della controversia in uno o più arbitri, o transigere.

Se al contrario l'oggetto della contestazione ecceda l'amministrazione ordinaria — e, ad esempio, si tratti di un contratto di vendita o di compera, di una servitù, di una locazione a lungo tempo — il padre non potrà tran-

sigere nè compromettere, se non quando siano adempite le condizioni e formalità abilitanti che gli sarebbero necessarie per poter *disporre* dell'oggetto medesimo, cioè dimostrando nell'interesse del figlio la necessità od utilità evidente degli atti che si proporrebbe di compiere in nome di lui, e riportandone l'autorizzazione del tribunale civile.

Per le locazioni che volessero farsi di beni del figlio, vedemmo doversi distinguere quelle la cui durata non superi i nove anni, e quelle che debbano continuare per più lungo tempo; e dicemmo che, mentre le prime sono da considerarsi quali atti di semplice amministrazione, che quindi l'amministratore legale può fare senza dover esservi autorizzato, le altre invece si riguardano come *atti di disposizione*, pei quali è indispensabile l'autorizzazione del tribunale, basata sulla dimostrazione di cause di necessità o di evidente utilità del figlio (1). Potrebbero applicarsi simili regole al caso in cui si stipulasse pel figlio, in qualità di conduttore, la locazione di beni altrui? È un quesito questo su cui non si può rimanere neppure per un istante incerti. Non è possibile considerare come un atto di amministrazione ordinaria dei beni del figlio il prendere in affitto quelli di altra persona. D'altronde le obbligazioni che incombono al conduttore ne vincolano il patrimonio e possono causare una diminuzione della sostanza di esso, se al prezzo della locazione non riescano corrispondenti i frutti che egli avrà dalla cosa locata. Certo è che possono darsi casi nei quali sia evidente l'utilità che il figlio possa trarre da una locazione stipulata in nome di lui sopra altrui beni; ma appunto questa evidente utilità dev'essere apprezzata dal tribunale, a cui si deve chiedere l'autorizzazione.

---

(1) V. sopra, n. 202, pag. 477-478.

224. Affinchè per gli atti di cui finora parlammo possa essere conceduta l'autorizzazione del tribunale civile, è condizione indispensabile che le cause per le quali essa sia chiesta dal padre, quale amministratore legale dei beni del figlio, siano di *necessità* o di *utilità evidente* del figlio stesso.

La *necessità* s'intende, nè può essere altrimenti, in un senso relativo, avendo, cioè, riguardo alle condizioni nelle quali il patrimonio del figlio si trovi; s'intende in rapporto a quelle circostanze per le quali non si potrebbe provvedere a bisogni indeclinabili per la persona del figlio o per l'amministrazione dei di lui beni, o si andrebbe incontro a danni, a deteriorazioni del patrimonio, se non si effettuassero le operazioni proposte.

L'*utilità* si riferisce ai vantaggi, agli aumenti di patrimonio che il prudente padre di famiglia può ripromettersi dagli effetti degli atti pei quali domanda di essere abilitato. La legge richiede che questa utilità sia *evidente*, non volendo che per la speranza di lauti, ma incerti guadagni si esponga il patrimonio del figlio a subire perdite che eventualmente potessero corrispondervi. Se però sarebbe in opposizione agli intendimenti del legislatore lo accordare l'autorizzazione per atti i quali presentassero troppo gravi incertezze nei risultamenti che se ne potessero ragionevolmente attendere, sarebbe d'altra parte eccessivo il ricusarla ogni volta che non vi fosse la più palese certezza di vantaggio pel patrimonio del minore. La diligente prudenza di un buon padre di famiglia è quella che dev'esser norma tanto alle determinazioni dell'amministratore legale circa gli atti pei quali domandi di essere abilitato, quanto alle deliberazioni del tribunale circa il concedere o negare la chiesta autorizzazione.

Pel resto il legislatore si è astenuto da qualunque indicazione determinata di cause, le quali possano considerarsi come costituenti la prescritta necessità od utilità

evidente. Era manifesto che una simile enumerazione avrebbe potuto sembrare limitativa; che d'altra parte sarebbe stato impossibile prevedere, anche considerandole soltanto sotto alcuni caratteri generali, le varie specie di cause le quali nella indefinita varietà di casi contingibili possono imporre come necessario o consigliare come utile il compiere certi atti; che tutto quanto di meglio fosse fattibile nell'interesse del figlio, era di rimettere al prudente consiglio dei magistrati il riconoscere se si verificasse o no l'addotta necessità od utilità evidente dell'atto. E così fece la legge, limitandosi a stabilire questo requisito fondamentale. Da ciò stesso però risulta come sia propriamente la sola autorizzazione del tribunale civile che costituisca una vera condizione, verificandosi la quale il padre rappresenta legittimamente il figlio soggetto alla sua potestà, anche negli atti eccedenti la semplice amministrazione; i quali allora sono perfettamente efficaci, non altrimenti che se fossero stati fatti dal figlio medesimo che si trovasse in istato di piena capacità. La necessità o l'utilità evidente del figlio è un requisito che la legge detta al magistrato come norma al suo operare, prescrivendogli di attenervisi rigorosamente nel concedere l'autorizzazione domandata. Ma il riconoscere se tale requisito si avveri, è rimesso all'apprezzamento del tribunale stesso secondo le circostanze particolari dei casi, che a lui spetta esclusivamente di valutare. Così non è dubbio che un atto eccedente l'amministrazione semplice, il quale fosse stato compiuto coll'autorizzazione del tribunale civile, non potrebbe essere impugnato allegando che l'autorizzazione fosse stata conceduta senza necessità nè utilità evidente. È vero che l'art. 227 dichiara *nulli gli atti fatti in contravvenzione ai precedenti articoli;* e che l'art. 224, § 2, stabilisce che gli atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione non possono esser fatti se non *per cause di necessità o di utilità evidente del figlio.* Ma, come dicemmo, non è tanto l'esistenza di queste

cause, quanto l'autorizzazione del tribunale, che costituisce veramente la condizione di validità civile dell'atto, la forma abilitante pel padre amministratore legale. Quell'autorizzazione è un *atto di giurisdizione volontaria*, che deve avere le sue basi determinate dalla legge e consistenti nella necessità od evidente utilità per l'interesse del figlio; ma esse si riducono in ultimo ad essere non altro che i motivi dell'autorizzazione conceduta. Certamente, prima che l'atto autorizzato si effettuasse, se venisse dimostrata l'insussistenza delle cause sulle quali l'autorizzazione era stata fondata, potrebbevi ancora esser luogo a ricorso, sia al tribunale stesso affinchè revocasse la propria deliberazione, sia all'autorità giudiziaria superiore, secondo le norme generali relative ai provvedimenti di giurisdizione volontaria (art. 781 cod. procedura civile). Ma quando l'atto sia già compiuto in virtù dell'autorizzazione riportata, non può esser lecito rimettere in questione l'apprezzamento delle cause giustificanti l'atto medesimo, apprezzamento che la legge ha voluto rilasciare esclusivamente e definitivamente all'autorità alla quale commise il concedere o negare l'autorizzazione. I terzi, che contrattino col minore rappresentato dal padre, debbono essere assicurati nei loro interessi quando abbiano contrattato in base dell'autorizzazione data dall'autorità indicata dalla legge; nè possono rimanere esposti ad un'azione di nullità fondata sull'erroneità dei motivi che hanno dàto luogo all'autorizzazione, motivi che ad essi non spetta di apprezzare.

Come abbiamo detto, l'autorizzazione è un atto di giurisdizione volontaria, al quale perciò il tribunale provvede in camera di consiglio. Non è prescritto che debba essere sentito il pubblico ministero. Non è stabilita nessuna forma speciale. Il tribunale delibera sovra i documenti che sono prodotti insieme al ricorso; ma può richiederne altri, se lo reputi necessario, e può assumere tutte quelle informazioni che stimi opportune.

225. Intorno al tempo nel quale debba esser data l'autorizzazione non vi dovrebbe esser dubbio, guardando al corso ordinario e regolare delle cose. La legge ci dice che il padre *non può fare in nome del figlio atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione se non mediante l'autorizzazione del tribunale civile*. Questa autorizzazione deve dunque esistere già al tempo in cui il padre agisca. Tuttavia deve ciò intendersi con un rigore così assoluto da riguardare come inefficace per la validità dell'atto un'autorizzazione che sia chiesta ed ottenuta posteriormente alla celebrazione di esso? È questo un punto controverso, del quale già ci occupammo trattando dell'autorizzazione maritale. E preferimmo l'opinione di coloro i quali negano al marito la facoltà di convalidare con un'approvazione posteriore l'atto fatto dalla moglie nullamente per mancanza della debita autorizzazione (1). Una simile questione si rinnova rispetto agli atti che siano stati fatti dall'amministratore legale di un minorenne, senz'avere riportato preventivamente le autorizzazioni richieste dalla legge. Senonchè in questa materia la questione stessa presenta una notevole differenza; imperciocchè, mentre il marito coll'approvazione posteriore dell'atto della moglie priverebbe questa, senza il concorso della volontà di lei, dell'azione di nullità che personalmente le apparteneva; qui, invece, sarebbe giuridicamente il minore stesso, rappresentato dal proprio amministratore legale, che invocando dal tribunale l'autorizzazione per un atto già precedentemente effettuato, convaliderebbe l'atto medesimo sanandone la nullità. E parecchi insigni autori, parlando della tutela, esprimono l'avviso che ciò si possa. " L'autorizzazione data posteriormente sotto forma di " approvazione, equivale — dicono — all'adempimento " regolare delle forme legali „.

" D'altro lato, se tutti i rappresentanti della tutela, il

---

(1) Vedi vol. V, parte II, n. 246, pag. 208-210.

" tutore, il consiglio di famiglia, il tribunale stesso repu-
" tano nell'interesse del minore che l'atto debba essere
" approvato, sarebb'egli logico e saggio che non ne aves-
" sero effettivamente il potere? „ (1).

Confessiamo però di nutrire molti dubbi sull'esattezza di questa teoria.

Non è possibile negare l'anormalità del concetto d'una autorizzazione che il tribunale darebbe per un atto già compiuto senza l'intervento dell'autorità sua. Ciò avverrebbe — si risponde — *sotto forma di approvazione*. Ma allora, ci sembra, si abbandona l'idea d'una semplice autorizzazione alla celebrazione dell'atto, per passare all'altra d'una *conferma* dell'atto anteriore annullabile per mancanza d'autorizzazione. E intorno a ciò abbiamo dimostrato precedentemente quali principii pensiamo doversi seguire. Quantunque in generale ci sembri difficilmente ammissibile una conferma, che sarebbe a tutto vantaggio dell'altro contraente e di nessuna utilità pel minore, tuttavia non disconosciamo la possibilità di qualche caso eccezionale in cui si dimostri l'utilità del minore stesso nel convalidare l'atto fatto prima nullamente in nome suo; ed allora la conferma potrà operarsi coll'autorizzazione del tribunale civile (2). Solo diciamo che allora non dovrà chiedersi al tribunale la semplice autorizzazione per l'atto già precedentemente compiuto, ma l'*autorizzazione per confermare* l'atto medesimo; e ottenutala sarà necessario celebrare formalmente un vero atto di conferma coi requisiti per esso prescritti dall'art. 1309 del cod. civile.

Il *Laurent* prevedendo questa obbiezione, ha detto che
" qui non si tratta di vera conferma. Chi può operarla è
" colui al quale appartiene l'azione in nullità; ora il con-
" siglio di famiglia e il tribunale, che approvano l'atto irre-
" golare, non avrebbero certamente il diritto di doman-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 749; Laurent, t. XVIII, n. 602, pag. 619.
(2) V. sopra, n. 222, pag. 564 e seg.

“ darne la nullità; essi non confermano l'atto, poichè non “ rinunciano ad un'azione in nullità; solo intervengono “ dopo l'atto, invece d'esservi intervenuti prima. Si devono “ dunque applicare i principii stabiliti dal codice nel titolo “ della tutela, e non quelli che regolano la conferma „.

Se però non erriamo, è un argomento questo che è facile il combattere. È forse il tribunale che per iniziativa propria approvi il contratto fatto precedentemente in nome del minore? È pur necessaria un'istanza dell'amministratore legale, che rappresenta il minore stesso. E perchè farà egli questa istanza, se non per convalidare l'atto che ha anteriormente compiuto, per rimuovere la causa della nullità di esso, dipendente dalla mancanza di preventiva autorizzazione del tribunale? Avremo dunque in realtà una conferma coperta sotto apparenza diversa. E l'assumere questa forma differente non può avere per effetto di derogare a ciò che è proprio della sostanza vera dell'atto, di dispensare da quei requisiti che per la conferma sono necessari. Principalmente non è ammissibile che prendendo questa via traversa si possa riuscire a riportare l'approvazione dell'atto precedentemente effettuato, col dimostrare soltanto che l'*atto medesimo era utile* al minore; mentre per ottenere l'autorizzazione ad un formale atto di conferma non basterebbe provar ciò, ma bisognerebbe dimostrare inoltre l'utilità pel minore di confermare quell'atto che quanto a lui starebbe, senz'altro, come se fosse pienamente valido, contro l'altro contraente, sicchè in generale l'utilità della conferma non si verificherebbe altrimenti pel minore.

Concluderemmo pertanto che non si potesse domandare ed ottenere dal tribunale l'autorizzazione posteriore di un atto già compiuto; che solo si potesse chiedere l'autorizzazione per una formale conferma di esso, purchè ciò si dimostrasse utile al minore stesso, e coll'adempimento di tutti i requisiti necessari per gli atti di conferma in generale.

226. (*c*) Parleremo da ultimo di quegli atti pei quali non si volle lasciare libera facoltà al padre, amministratore legale dei beni del figlio, nè esigere la formalità più solenne dell'autorizzazione del tribunale civile; ma si riputò sufficiente una forma abilitante di più pronto e più facile uso. Essi sono indicati nell'art. 225 colla seguente disposizione: " Per la riscossione dei capitali, o per la vendita di effetti " mobili soggetti a deterioramento basterà l'autorizzazione " del pretore a condizione di nuovo impiego, la cui sicu- " rezza sia riconosciuta dal pretore stesso ".

Avendo avuta occasione di parlare in più luoghi delle massime contenute in questo articolo, potremo ora limitarci a brevi cenni, i quali, più che altro, servano a richiamare i principii già dimostrati.

Ma prima, non sarà forse senza utilità l'osservare che il corrispondente articolo 198 del progetto ministeriale parlava soltanto della *riscossione dei capitali:* e fu la commissione del Senato che nel progetto modificativo concordato col ministro guardasigilli vi aggiunse quelle parole " *o per* " *la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento* ". Alla quale innovazione l'illustre relatore accennava con queste parole:

" Secondo il progetto, per l'alienazione dei beni del figlio " si richiede senza distinzione l'approvazione del tribunale. " Egli è sembrato che per la *vendita dei mobili* soggetti a " deterioramento debba bastare l'autorizzazione del giudice " di mandamento colla condizione del sicuro impiego del " prezzo " (art. 243 della Comm.).

Vennero così comprese in una sola disposizione ed assoggettate alla medesima formalità abilitante due specie di atti, che hanno veramente un'indole giuridica assai differente: la *riscossione dei capitali*, che per sè sarebbe *atto di semplice amministrazione* e dovrebbe quindi potersi fare dal padre senza bisogno d'alcuna autorizzazione; e la *vendita dei mobili soggetti a deterioramento*, che ha propriamente il carattere di *atto di disposizione* e come tale porterebbe,

secondo la regola generale, la necessità dell'autorizzazione del tribunale civile. Come si giustifica quest'amalgama di materie disparate sotto un'identica norma? Non sembra molto difficile trovarne la ragione. La riscossione dei capitali, quantunque a rigore abbia il carattere d'un atto di semplice amministrazione, rendendo però disponibili valori talvolta considerevoli, potrebbe divenire non meno pericolosa pel figlio che un atto di disposizione dei beni di lui, se non si fosse presa alcuna precauzione per assicurarne la conservazione. La vendita dei mobili, sebbene abbia incontestabilmente la qualità di *atto di disposizione*, tuttavia quando si tratti di quei beni che sono *soggetti a deterioramento*, assume l'aspetto d'un *mezzo di conservare* i valori patrimoniali corrispondenti, che altrimenti potrebbero notabilmente diminuire. Così queste due specie di atti, che considerati rigorosamente nei loro caratteri giuridici avrebbero un'indole opposta, vengono sotto qualche aspetto a ravvicinarsi tra loro; poichè l'uno essendo propriamente di semplice amministrazione, può però apportare conseguenze simili a quelle degli atti di disposizione; l'altro appartenendo invece a quest'ultima categoria, non di meno ha comune cogli atti di amministrazione lo scopo di conservare integra la sostanza patrimoniale. E il legislatore, che doveva soprattutto avere in mira la protezione degli interessi del figlio, piuttostochè stabilire una classificazione sistematica degli atti che si facessero in nome di lui, ha operato saviamente decampando in amendue i casi dal rigore delle regole ordinarie, non accordando una piena libertà di azione al genitore, nè assoggettandolo alla formalità comune agli atti di disposizione, e preferendo invece una forma speciale, meno rigorosa, da seguirsi tanto per l'uno che per l'altro atto.

Questa riflessione ci rammenta una considerazione fondamentale, da noi altra volta avvertita; che cioè la disposizione dell'art. 225 ha carattere di *eccezione*, sia in quanto sottrae alla libera azione del genitore un atto di

amministrazione semplice, quale sarebbe il riscuotere i capitali, sia in quanto deroga alla regola comune dell'autorizzazione del tribunale civile per un atto di disposizione qual'è la vendita dei mobili; epperò quell'articolo deve sempre applicarsi con una stretta e rigorosa interpretazione, limitandolo ai casi che vi si trovano espressamente contemplati.

Un'altra osservazione preliminare ci accade di dover fare sul contesto generale di questo articolo, prima di scendere a considerare i casi particolari che vi sono compresi.

È detto che in questi casi *basterà l'autorizzazione del pretore*. A tale espressione è stato da un illustre autore attribuito questo senso: “ che l'accedere alla pretura è *facoltativo* „ (1). E ciò varrebbe quanto dire che il padre potesse a sua scelta domandare l'autorizzazione al tribunale civile od al pretore. Ma non crediamo che tale sia stato l'intendimento del legislatore. Questa duplice competenza, attribuita a due autorità di diverso grado, non parrebbe la più opportuna; e non trovandola stabilita espressamente dal testo, non la reputiamo accettabile. D'altra parte, mentre pensiamo che sia bastantemente giustificato, per le considerazioni sovra esposte, l'essersi introdotta per queste due specie di atti una formalità abilitante particolare, qual'è l'autorizzazione del pretore, non vedremmo ragioni sufficienti per ammettere la facoltà di ricorrere invece all'autorizzazione del tribunale civile. Non ne vedremmo quanto alla riscossione dei capitali, perchè essendo questo un atto che di natura sua starebbe entro i limiti della semplice amministrazione ordinaria, è già una derogazione ai principii comuni l'assoggettarlo all'autorizzazione pretoria, nè si potrebbe spingere più oltre questa derogazione fino a sottoporre quell'atto all'autorizzazione del tribunale, come se si trattasse d'una disposizione di beni. Non ne vedremmo neppure ragione quanto alla vendita dei mobili soggetti a dete-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, § 521, pag. 820.

rioramento; perchè se in vista appunto del pericolo, che potrebbe derivare da ogni ritardo, la legge, intenta sempre a proteggere il meglio possibile l'interesse del minore, ha designata l'autorità locale, da cui si può ottenere più facilmente un pronto provvedimento, e che può più agevolmente essere informata delle particolari circostanze di fatto opportune a porgerle consiglio, sarebbe contrario a questi intendimenti il ricorrere invece al tribunale.

L'opinione che contestiamo può appoggiarsi, è vero, a quella parola — *basterà* —; quasi siasi voluto significare che *potrà bastare* l'autorizzazione del pretore, senza escludere che possa anche invocarsi quella del tribunale. Ma notiamo che tale espressione può spiegarsi in altro modo, il quale ci sembra abbastanza plausibile, ed è questo; che essendo nel precedente articolo 224 stabilita la massima doversi riportare l'autorizzazione del tribunale per tutti gli atti eccedenti la semplice amministrazione, tuttavia a quella regola si fa una limitazione per la vendita dei mobili soggetti a deterioramento, rispetto a cui si richiede una formalità minore, cioè l'autorizzazione del pretore.

Con questo concetto ci sembra difatti che concordino le parole del relatore, il quale parlando di questa modificazione al progetto ministeriale, la presentava appunto sotto l'aspetto di sostituzione d'una formalità meno rigorosa, che si pensava dovesse bastare; non come aggiunzione di questa forma alla ordinaria dell'*approvazione del tribunale*, con facoltà di scegliere tra l'una e l'altra.

Pensiamo dunque che l'autorizzazione del pretore sia la sola ammessa per gli atti contemplati nell'art. 225; e che in mancanza di essa gli atti medesimi siano nulli.

227. 1) Per la *riscossione dei capitali* è necessaria l'autorizzazione del pretore, e basta sempre. Per quanto la disposizione dell'art. 225, siccome eccezionale, debba ricevere, come osservammo, una stretta interpretazione, ci sembra però evidente che i termini generali ed assoluti nei

quali è espressa si oppongano a qualunque distinzione che si volesse fare nell'applicarla.

Così non crederemmo potersi distinguere se il termine apposto alla restituzione del capitale fosse scaduto, o fosse tuttora pendente. Il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore; epperò se questi voglia soddisfare alla propria obbligazione prima della scadenza, la riscossione non è meno necessaria che a termine scaduto, e l'atto non cangia punto della propria natura. Ma quand'anche dalla stipulazione o dalle circostanze risultasse che il termine fosse stato stabilito anche *in favore del creditore* (art. 1175 cod. civ.), e fosse lo stesso amministratore legale del minore, a cui il credito appartenesse, che col consenso del debitore volesse esigere anticipatamente il capitale, allo scopo d'impiegarlo più utilmente nell'interesse del minore, non vedremmo motivi sufficienti per sottrarre questo caso all'applicazione della disposizione generale dell'art. 225. Non si potrebbe dire certamente che si trattasse di *alienare*, di disporre di questa parte della sostanza patrimoniale del minore, mentre non si farebbe che convertirla in un *nuovo impiego*, della cui sicurezza e convenienza giudicherebbe il pretore, come gliene dà la missione il predetto articolo 225. Nè reputiamo che si dovesse seguire una massima opposta quand'anche si trattasse d'impiegare il capitale riscosso nell'estinguere debiti che fossero a carico del minore. Sappiamo essere stato detto che “ la dimissione “ dei debiti coi capitali riscossi non può considerarsi come “ un rinvestimento, sibbene come un'*alienazione del capi-* “ *tale*, e perciò regolata dall'art. 224 e non dall'art. 225, “ specialmente se trattisi di somme vistose „ (1).

Ma quest'opinione fu contraddetta, e, per quanto a noi pare, con ottima ragione (2).

Lasciamo stare la considerazione dell'essere o no vistose le somme di cui si tratti. La legge non guarda nè può

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 547, pag. 377.

(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 163.

guardare che alla natura dell'atto, non all'entità pecuniaria del suo oggetto; e quando richiede l'autorizzazione del tribunale per poter alienare o ipotecare i beni del figlio minore, o fare per lui altri atti che eccedano i limiti della semplice amministrazione, non restringe la sua disposizione ai casi in cui si tratti di disporre di oggetti di grande valore. Tutto si riduce a vedere se nel caso in disputa sia vero che si tratti dell'*alienazione d'un capitale.* Ma dove troveremmo gli elementi d'un'alienazione? Non potrebb'essere che nel pagamento del debito, perchè effettivamente si trasmetta la proprietà della cosa pagata nel creditore. Ma basta forse questo per poter dire che vi è un'alienazione nel senso dell'articolo 224, § 2, cioè una *diminuzione di sostanza patrimoniale?* Allora bisognerebbe dire lo stesso quando si desse di nuovo a mutuo il capitale riscosso; perchè al nuovo mutuatario si trasferisce la proprietà della cosa mutuata. Eppure sarebbe impossibile il disconoscere l'applicabilità in questo caso dell'art. 225, giacchè non si tratterebbe che di *riscuotere un capitale facendone un nuovo impiego, la cui sicurezza sarebbe riconosciuta dal pretore.* E non altro che un nuovo impiego sarebbe anche il valersi del capitale riscosso per estinguere un debito: è l'impiego più sicuro che possa immaginarsi, e più che utile, necessario. Nè si obbietti non potersi considerare come un impiego questo, con cui si farebbe scomparire un capitale; giacchè esso non scomparirebbe in realtà, mentre sarebbe rappresentato nel patrimonio da una diminuzione perfettamente corrispondente di passività. sicchè la sostanza patrimoniale non sarebbe menomamente scemata. Non esitiamo dunque ad accettare la massima che quand'anche si trattasse di pagare col capitale riscosso un debito del minore, quand'anche anzi si trattasse di fare per questo scopo una riscossione anticipata del capitale stesso, sarebbe sempre competente a dare l'autorizzazione il pretore, a termini dell'art. 225; non si dovrebbe ricorrere al tribunale civile secondo l'articolo 224.

Ma se il capitale non si riscuotesse per farne un più utile investimento o per estinguere un debito, ma per adoperarlo ad altri bisogni dell'amministrazione, per esempio per opere di miglioramento in alcuni beni, od anche per straordinarie riparazioni, o per fare uno stabilimento al figlio, non reputeremmo allora che potesse farsi applicazione dell'art. 225; perciocchè il capitale non sarebbe conservato, come questo articolo suppone, nè sarebbe rappresentato nel patrimonio del minore da una diminuzione perfettamente corrispondente delle passività che lo aggravassero — il che equivarrebbe realmente alla conservazione — ma destinandolo ad altri usi, si verrebbe in realtà a *diminuire la sostanza patrimoniale*. Vero è che potrebbe corrispondervi o la conservazione, che altrimenti non si otterrebbe, di certi beni — come quando si dovessero farvi riparazioni straordinarie — od un aumento del patrimonio da altra parte — come se si proponesse di valersi delle somme riscosse per fare opere di miglioramento in qualche immobile. Ma potrebbe anche darsi che giovasse meglio all'interesse del figlio il demolire o lasciar cadere un fabbricato, che il sostenere gravi spese, le quali non fossero compensate dalla conservazione di esso; potrebbe darsi che i progettati miglioramenti non fosser tali e abbastanza certi da giustificare il dispendio che s'incontrerebbe.

In ogni modo questa non sarebbe che questione di *necessità od utilità evidente* dell'atto, che si vorrebbe eseguire per conto del figlio. Intanto però la riscossione del capitale, che la legge non permette al padre di fare per autorità propria, non potrebb'essere autorizzata dal pretore a termini dell'art. 225, giacchè non si verificherebbe la voluta condizione di un *nuovo e sicuro impiego*. Epperò non rimarrebbe altro che ricorrere al tribunale civile per ottenerne l'autorizzazione dimostrando, come vuole l'art. 224, § 2, la *necessità o l'utilità evidente della disposizione* che si vorrebbe fare del capitale da riscuotere.

Un'altra conseguenza del principio accennato al cominciare di questo numero è anche quella che nell'applicazione dell'art. 225 non sia da distinguere se il pagamento del capitale venga operato dal vero debitore o da un terzo, nè se quest'ultimo ottenga o no la surrogazione nei diritti del creditore, e la ottenga per virtù della disposizione della legge, o per convenzione col debitore, od anche per convenzione col creditore rappresentato dal suo amministratore legale. I dubbi che circa quest'ultimo caso potevano sorgere furono già chiariti trattandone incidentemente sotto altro aspetto, e qui ci basti riferirci alle considerazioni già esposte. Rammentiamo però altresì come abbiamo dimostrato che non potrebbe dirsi altrettanto della *cessione del credito*, la quale dovrebbe sempre riguardarsi come compresa tra gli atti contemplati nell'art. 224. § 2, che è vietato al padre di poter fare in nome del figlio, se non vi sia autorizzato dal tribunale civile (1).

228. 2) Intorno alla *vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento* non abbiamo qui che a raccogliere le conseguenze di quanto già dimostrammo circa i principii fondamentali a cui s'ispirò il legislatore, e circa i motivi che lo determinarono a sottoporre quest'atto ad una formalità abilitante diversa da quella prescritta generalmente per gli atti che eccedono i limiti della semplice amministrazione (2).

Vedemmo che non si potè a meno di considerare, in massima, la vendita dei beni mobili come atto eccedente l'amministrazione ordinaria; che per altro nel regolare le forme abilitanti, a cui quest'atto dovesse essere sottoposto nell'interesse del minore soggetto a patria potestà, si stimò opportuno di seguire la distinzione insegnata dal diritto romano tra i *mobili preziosi* e che possono essere conservati senza che col tempo deperiscano o deteriorino, e gli altri;

(1) V. sopra, n. 218, pag. 544-549.
(2) V. sopra, n. 208, pag. 506 e seg.; n. 226, pag. 577 e seg.

che mentre pei primi si mantenne la regola, comune a tutti gli atti di disposizione, in forza della quale il padre non può fare tali atti in nome del figlio se non mediante l'autorizzazione del tribunale civile, pei secondi invece si reputò sufficiente il prescrivere una formalità meno rigorosa e più spedita, consistente nell'autorizzazione del pretore; che con tutto ciò non è escluso potervi essere talune vendite di mobili, le quali per la speciale indole loro debbano considerarsi come atti di semplice amministrazione ordinaria, epperò possano farsi dal padre nella qualità sua di amministratore legale, indipendentemente da qualunque autorizzazione; quale è indubbiamente la vendita dei frutti prodotti dai beni del minore, e quale può essere anche la vendita di beni mobili formanti parte veramente della sostanza capitale del patrimonio, allorchè tali beni siano soggetti a *così facile deteriorazione da richiedere un'alienazione immediata*, e da non poter attendere senza pericolo di danno notevole nemmeno che sia adempita la formalità dell'autorizzazione del pretore. Colla guida di tali concetti diventa assai facile la spiegazione di questa parte dell'art. 225. Quantunque vi si parli in genere di *effetti mobili*, e questa espressione comprenda generalmente *tutto ciò che viene reputato mobile secondo la legge*, le parole però — *soggetti a deterioramento* — che vi sono aggiunte, ne restringono necessariamente il significato; essendo pei soli *beni mobili per natura* che può verificarsi ch'essi non siano conservabili senzachè col tempo deperiscano o deteriorino. Quando dunque si trattasse di *beni mobili per determinazione della legge, di beni corporali*, sarebbe sempre l'autorizzazione del tribunale civile che dovrebb'essere invocata per poterne operare l'alienazione di cui si dimostrasse la necessità o l'evidente vantaggio.

Tra i mobili corporali poi la disposizione dell'art. 225 non è applicabile se non a quelli i quali per la natura loro non possano essere conservati senzachè col tempo deperiscano o si deteriorino, sia nella sostanza, sia nel valore loro. E a questo proposito è da osservare che dovrebbero

essere considerati come *soggetti a deterioramento* anche quei beni mobili che servendo a mera voluttà non potessero essere ritenuti se non con grave dispendio; poichè la spesa necessaria per la loro conservazione equivarrebbe, com'è evidente, ad una notevole deteriorazione del valore ch'essi rappresentano nel patrimonio. I mobili preziosi, e quelli in generale che possono essere conservati senza deperimento o deteriorazione, non potrebbero essere alienati che coll'autorizzazione del tribunale civile, secondo la norma comune dell'art. 224, § 2.

L'art. 225 non sarebbe neppure applicabile a quegli effetti mobili, la cui deteriorazione fosse così facile e rapida da non permettere di ritardarne senza danno la vendita finchè si fosse chiesta ed ottenuta l'autorizzazione del pretore. L'alienarli immediatamente sarebbe allora un atto necessario di buona e savia amministrazione, che il padre potrebbe fare senza chiederne alcuna autorizzazione preventiva; e quantunque la legge non gli riconosca espressamente questa facoltà, che l'art. 296 ha pur conceduta al tutore, non v'è che una maggior ragione per ammettere lo stesso principio in ordine all'amministrazione legale paterna, che è stata in generale assoggettata a minori vincoli. D'altro lato non era neppure indispensabile una speciale disposizione in proposito, provvedendovi abbastanza la massima che il padre possa fare da sè tutti gli atti che non eccedano i limiti della semplice amministrazione.

229. In ordine alle condizioni sotto cui l'autorizzazione possa essere conceduta dal pretore, l'art. 225 accenna questa sola, che del capitale riscosso o del prezzo di vendita degli effetti mobili soggetti a deterioramento debba farsi *nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso.* Deve ritenersi perciò l'assoluta esclusione delle altre condizioni richieste in generale per gli atti eccedenti l'amministrazione ordinaria, cioè dell'esistenza di *cause di necessità o di evidente utilità?*

Certo è che in generale, trattandosi di riscuotere capitali, o di vendere effetti mobili soggetti a deterioramento, la *necessità*, nonchè la utilità evidente, sorge dalla natura stessa dell'atto. È *necessario* riscuotere il capitale di cui scade il termine e il debitore vuole liberarsi; come pure è necessario vendere gli effetti mobili, soggetti a deterioramento, per non esporre il patrimonio ad una diminuzione di sostanza. Tuttavia possono verificarsi casi speciali in cui la questione della necessità o utilità del figlio si presenti anche per questi atti; ed allora quella necessità od utilità evidente costituirà ancora una condizione indispensabile per l'autorizzazione.

Suppongasi che si tratti di esigere un capitale quando non ne sia ancora scaduto il termine, che sia stato espressamente o per le circostanze debba ritenersi stipulato anche in vantaggio del creditore. Se il padre domanda di essere autorizzato a fare quest'anticipata riscossione per potere estinguere un debito urgente del minore, al quale è minacciata una procedura esecutiva che potrebbe divenire rovinosa, sarà un caso di *necessità*. Se lo chiede per estinguere un debito di cui potrebbesi differire il pagamento, ma che produce a carico del minore interessi superiori a quelli del capitale che si riscuoterebbe, sarà caso di *utilità evidente*. Ma se insta per essere autorizzato a riscuotere anticipatamente un capitale che frutta il sei per cento, allo scopo di estinguere un debito non ancora scaduto, pel quale il minore non corrisponde gl'interessi che nella ragione del cinque per cento, non vi sarà nè necessità, nè utilità e il pretore non potrà concedere l'autorizzazione.

Parimente per la vendita dei mobili soggetti a deterioramento, se questa vendita non sia richiesta urgentemente dai bisogni dell'amministrazione, e d'altra parte il deterioramento sia largamente compensato dall'aumento di valore che quegli effetti vanno progressivamente acquistando per speciali ragioni di commercio, non si avrà nè la necessità nè l'utilità della vendita, la quale nell'interesse del figlio dovrà essere differita.

È dunque vero ciò che dicevamo, che la condizione della necessità od utilità evidente del figlio non è estranea neppure all'autorizzazione che il pretore è chiamato a dare, secondo l'art. 225, per la riscossione dei capitali e per la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento.

In ogni caso però è sempre una condizione assolutamente indispensabile quella d'un *nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore*. La legge nulla ha disposto, neppure dimostrativamente soltanto, intorno al modo dell'impiego. Se n'è rimessa all'amore ed alla prudenza del padre per l'interesse del figlio, ed alla saggezza del magistrato; era quello che poteva fare di meglio. Potrà dunque impiegarsi il capitale o il prezzo dei mobili, sia nell'estinzione dei debiti del minore, sia nell'acquisto di beni immobili o di titoli di rendita pubblica, sia in un mutuo ad interesse con solide guarentie, sia in qualunque altro modo che si reputi più conveniente: purchè sempre vi sia la base indispensabile della *conservazione del capitale*, rappresentato da una attività patrimoniale, quale sarebbe il credito contratto per mutuo, o dalla estinzione d'una passività corrispondente. Non potrebbe mai il pretore autorizzare a titolo d'impiego un tale uso del denaro del minore per cui non fosse assicurata la conservazione del corrispondente valore nel patrimonio (1). La legge che richiede la *sicurezza* del rinvestimento, suppone per ciò stesso necessariamente un impiego di tale natura che porti la conservazione integrale del valore.

Della sicurezza del reimpiego la legge fa giudice il pretore, il quale però deve naturalmente occuparsi eziandio, sebbene la legge non lo esprima, della *utilità* del reimpiego medesimo.

Ma sul modo, sulla sicurezza, sulla utilità del nuovo impiego non è assolutamente necessario che il pretore si pronunci nella stessa ordinanza colla quale autorizzi la riscos-

---

(1) V. sopra, n. 227, pag. 583.

sione del capitale o la vendita dei mobili. Potrebbe darsi che non si trovasse così immediatamente pronto un nuovo impiego abbastanza opportuno, potrebbe anche convenire l'attendere il risultato della vendita dei mobili per regolare sulla entità complessiva del denaro ritrattone il modo d'impiego più opportuno. La legge infatti non prescrive che nel decreto stesso di autorizzazione a riscuotere il capitale od a vendere i mobili sia determinato il nuovo impiego: dice solo che l'autorizzazione debba essere data *a condizione di nuovo impiego, la cui sicurezza sia poi riconosciuta dal pretore stesso*. Quest'ultima parte dell'ufficio del magistrato può dunque essere anche adempita separatamente qualora ciò torni più opportuno all'interesse del minore. Allora però, ben s'intende, il pretore potrebbe ordinare frattanto quelle cautele che nella prudenza sua reputasse necessarie per assicurare la conservazione del capitale, e per esempio stabilire che se ne dovesse fare il deposito presso un istituto di credito, finchè si presentasse opportunità di un utile impiego, sul quale dovrebb'essere chiamato di nuovo a pronunciarsi.

Del resto, come altra volta avemmo ad osservare, il pretore non ha da occuparsi dell'impiego del denaro appartenente al minore soggetto a patria potestà, se non in quanto quel denaro provenga da capitali riscossi o da vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento; perchè è solo come *condizione dell'autorizzazione a riscuotere il capitale od a vendere i mobili*, che gli è imposto di *riconoscere la sicurezza del nuovo impiego*. L'investimento del denaro che provenisse al minore da tutt'altra causa non sarebbe che un atto di ordinaria amministrazione, al quale perciò potrebbe procedere il padre senza bisogno d'alcuna autorizzazione (1).

230. Intorno alla riscossione dei capitali può sorgere un dubbio che reputiamo necessario di chiarire, a completa

---

(1) V. sopra, n. 204, pag. 481 e seg.

spiegazione dell'art. 225. Il debitore che pagasse il capitale senzachè fosse contestualmente eseguito l'impiego determinato dal pretore, riporterebbe, ciò non ostante, una valida liberazione? A primo aspetto si sarebbe tentati a rispondere affermativamente. Il padre — si direbbe — una volta che sia autorizzato a riscuotere, è capace di ricevere il pagamento. La condizione del nuovo impiego è un obbligazione che riguarda lui solo, e non può essere opponibile al terzo debitore, che è estraneo all'amministrazione dei beni del figlio, suo creditore.

Tuttavia una breve riflessione basta a persuadere dell'errore che vi sarebbe in quest'argomentazione.

Il pagamento non può farsi validamente, se non *al creditore od a persona autorizzata a riceverlo dal creditore medesimo, dall'autorità giudiziaria o dalla legge* (art. 1241 cod. civ.). Nel caso nostro la legge dà mandato al padre per ricevere il pagamento dei capitali spettanti al figlio, ma solo mediante l'autorizzazione del pretore ed *a condizione di nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso.* Questo nuovo impiego forma dunque condizione dell'abilitazione del padre a ricevere il pagamento in nome del figlio: e se tale condizione non si verifichi il pagamento è nullo come fatto a persona che non era autorizzata a riceverlo pel creditore. Ciò infatti è necessario, affinchè le precauzioni prese a questo proposito nell'art. 225 ottengano il loro effetto; poichè altrimenti l'adempimento dell'obbligo di eseguire il nuovo investimento determinato dal pretore rimarrebbe abbandonato affatto alla fede dell'amministratore legale, e potrebbero verificarsi ugualmente quelle dispersioni dei capitali spettanti all'amministrato, contro le quali s'intese di premunirsi colla predetta disposizione.

Potrà esservi ancora caso in cui il debitore abbia modo di sostenere la validità del pagamento da lui operato, nonostantechè non ne sia stato fatto il reimpiego prescritto; e sarà quando possa provare che il denaro pagato sia stato altrimenti rivolto in vantaggio del minore (arg. art. 1243

cod. civ.). Ma intanto pagando senzachè sia contestualmente investita la somma nell'impiego stabilito dal pretore il debitore si esporrà a fare un pagamento invalido, e a dover quindi pagare una seconda volta; e ciò basta per lo scopo, che la legge si è prefisso, di assicurare l'interesse del minore.

B) *Della nullità degli atti fatti in contravvenzione alle leggi regolatrici dell'amministrazione legale de' beni del figlio soggetto a patria potestà.*

231. " La nullità degli atti fatti in contravvenzione " ai precedenti articoli non può essere opposta che dal padre " o dal figlio e dai suoi eredi od aventi-causa „ (art. 227 cod. civ).

Questa disposizione, in identici termini, fu aggiunta dalla commissione del Senato al progetto ministeriale. E l'illustre relatore spiegava colle seguenti parole gl'intendimenti della commissione stessa:

" Non avendo il progetto statuito circa l'esercizio del- " l'azione di nullità degli atti che si facessero contro le " disposizioni della legge sopra i beni dei figli di famiglia, " a ciò si è provveduto con apposita disposizione (art. 241) " *che al solo figlio ed ai suoi eredi od aventi-causa permette* " *di esercitare un'azione, che nel solo loro interesse è stabi-* " *lita* „ (1).

Prendiamo nota, innanzi tutto, di un'idea che emerge chiarissima sì dalle parole dell'articolo, che da quelle con cui l'egregio relatore lo ha illustrato. Non si è creduto

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 73.

necessario scrivere questa disposizione per stabilire che gli atti fatti in contravvenzione della legge fossero *nulli* e che tale nullità fosse soltanto *relativa*. Tutto ciò era conseguenza tanto evidente dei principii generali, da non esservi bisogno che il legislatore lo dicesse. Infatti egli suppone la nullità relativa, più che dichiararla: " La nullità degli atti fatti in " contravvenzione ai precedenti articoli *non può essere opposta* ecc. „. Ma si volle con ottimo consiglio determinare *da chi potesse essere esercitata l'azione di nullità;* e si dichiarò che *potrebbero proporla soltanto il padre o il figlio ed i suoi eredi od aventi-causa.*

Diciamo che era evidentissimo pei principii generali di diritto doversi riguardare come *nulli* gli atti che nell'interesse del minore soggetto a patria potestà fossero fatti in contravvenzione della legge. Questa nega al minore la capacità civile per compiere personalmente gli atti che occorrono nel suo interesse; e gli dà un rappresentante, che faccia quegli atti in nome di lui, determinando con giusto rigore i limiti delle facoltà di questo rappresentante, e prescrivendogli pei più importanti negozii certe condizioni, certe formalità abitanti.

Ora, se il minore facesse da sè gli atti pei quali gli è negata la capacità, sarebbe mai possibile sostenere tuttavia la validità civile di quegli atti, senza togliere alla legge proibitiva ogni efficacia di sanzione? Se gli atti siano compiuti dal rappresentante legale, ma senz'avere adempite le condizioni, le forme abilitanti che la legge gl'imponeva, non è evidente che questo *mandatario legale* ha agito *oltre i limiti del suo mandato* e quindi per necessità nullamente?

In teoria non era dunque possibile revocare in dubbio la nullità degli atti fatti in contravvenzione alle leggi, che regolano l'amministrazione dei beni dei figli soggetti a patria potestà.

Venendo al diritto positivo, vediamo stabilita nell'articolo 1303 la massima generale che " nelle obbligazioni " dei minori l'azione di nullità è ammessa „.

" 1° *Allorchè il minore non emancipato ha fatto da sè* " *un atto* senza l'intervento del suo legittimo rappresen- " tante;

. . . .

" 3° *Allorchè non sono osservate le formalità stabilite* " *per alcuni atti* con disposizioni speciali di legge ".

Questa massima non comprenderebbe forse abbastanza evidentemente tutti gli atti che potessero esser fatti in contravvenzione alle leggi regolatrici dell'amministrazione del padre di famiglia, e non li colpirebbe tutti di nullità, quando anche ciò non fosse confermato dalla speciale disposizione dell'art. 227?

Aggiungemmo che questa nullità non avrebbe potuto considerarsi se non come *relativa*. Ed anche ciò facilmente dimostrano i pincipii generali. Una nullità non può essere assoluta, non può essere proponibile da chiunque vi abbia interesse, quando sia introdotta unicamente a vantaggio d'una delle parti interessate nell'atto. Come allora è relativa la causa della nullità, così relativa del pari dev'essere necessariamente la nullità stessa, e proponibile pertanto da quella sola persona a cui benefizio è stabilita. Ora le condizioni, le forme abilitanti, che la legge vuole osservate negli atti riguardanti il minore soggetto a patria potestà non hanno altro scopo che di proteggerlo contro i più gravi pericoli a cui possono essere esposti i suoi interessi; e l'inosservanza di quelle condizioni e forme, che è causa di nullità dell'atto, non fa luogo a tale nullità se non perchè il minore non ha goduto di quella protezione che la legge voleva assicurargli. A lui solo, od a chi legittimamente lo rappresenti deve dunque spettare la facoltà di promuovere o no l'azione di nullità, secondochè consigli il suo interesse, secondochè questo sia rimasto o no pregiudicato in fatto per la mancanza di quella protezione. In tutto ciò l'altra parte contraente, che ha agito con piena capacità, che ha potuto provvedere con piena scienza ed esperienza al proprio interesse, non ha nulla a vedere, nè le è lecito di approfit-

tare di una nullità che ha causa unicamente nell'interesse altrui.

Inoltre anche qui abbiamo un testo generale, che avrebbe sciolta ogni difficoltà, se pure fosse stato possibile che ne sorgesse alcuna; l'art. 1107, in cui è stabilito:

" La persona capace di obbligarsi *non può opporre* " *l'incapacità del minore*, dell'interdetto, dell'inabilitato o " della donna maritata, con cui essa ha contrattato „.

Ci si perdoni l'avere insistito alquanto sopra idee così ovvie, così elementari. Ma ci è sembrato che non manchi di qualche importanza lo stabilire come il nostro art. 227 non disponga nulla di speciale e di eccezionale rispetto alla nullità ed al suo carattere puramente relativo, ed abbia per solo scopo di determinare con precisione e chiarezza le persone dalle quali l'azione di nullità possa essere proposta, perchè da ciò ricaviamo una conseguenza notevole, ed è questa: che per ogni altro rapporto concernente la nullità stessa non sono che le regole generali scritte negli articoli 1300-1309 del codice civile, che devono essere osservate.

Un'altra osservazione preliminare stimiamo opportuna prima di entrare particolarmente nell'argomento vero, che abbiamo notato, di questa disposizione. Essa parla in genere degli *atti fatti in contravvenzione ai precedenti articoli;* quale che sia la natura dell'atto, quale che sia la specie della contravvenzione. Non è dubbio però che si riferisce esclusivamente agli *atti concernenti l'amministrazione de' beni;* chè sarebbe strano il pensare che per un atto riguardante l'esercizio dell'autorità del padre sulla persona del figlio potesse mai farsi luogo ad opporne la nullità da parte d'un terzo, per quanto interesse si potesse supporre che vi avesse.

Ma gli atti relativi all'amministrazione de' beni sono compresi indistintamente tutti in questa disposizione; o siano giudiziali o estragiudiziali, e questi stiano entro i limiti della semplice amministrazione ordinaria o li eccedano.

Dicemmo anche gli *atti giudiziali* — sebbene abbiamo dimostrato che in essi il padre rappresenta legittimamente

il figlio soggetto alla sua potestà senza bisogno d'esservi abilitato con nessuna speciale autorizzazione — perchè ad ogni modo sta sempre il principio che il figlio minore deve essere rappresentato dal genitore alla cui autorità è sottoposto, e gli atti fatti in nome personale del figlio senza che fosse rappresentato dal padre sarebbero quindi nulli. Ed anche questa nullità sarebbe indubbiamente *relativa* soltanto.

Certo l'altra parte può opporsi alla continuazione del procedimento fino a che non sia questo regolarizzato colle condizioni necessarie affinchè se ne assicuri la piena efficacia anche a fronte dell'incapace; per trovarsi con lui in quella parità di condizioni che dev'essere fondamentale nei rapporti tra i contendenti. Ma se ella non si valga di questo suo diritto, non le è poi lecito giovarsi più tardi di una nullità, a cui si è volontariamente sottoposta, e che di natura sua è puramente relativa all'incapace, il quale non fu, secondo la legge, abbastanza protetto.

Dicemmo pure essere indifferente che gli atti estragiudiziali siano entro i limiti della semplice amministrazione o la eccedano; e che sia l'uno piuttostochè l'altro il precetto di legge al quale si sia contravvenuto.

Così, o si tratti di un atto di semplice amministrazione fatto dal minore senza l'intervento del suo legittimo rappresentante, o di un atto eccedente la semplice amministrazione fatto dal genitore stesso, ma senza l'autorizzazione del tribunale, che sarebbe stata necessaria secondo l'art. 224, § 2, o di una riscossione di capitali, o di vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento fatta pure dal genitore, ma senza l'autorizzazione del pretore, o senza che fosse osservata la condizione del reimpiego approvato del pretore stesso; in tutti questi casi ugualmente sarà sempre la regola dell'art. 227 che dovrà essere applicata, e l'atto sarà nullo, ma di una nullità relativa, proponibile soltanto dal padre, o dal figlio, o dagli eredi od aventi causa di quest'ultimo.

232. Veniamo ora al vero oggetto dell'art. 227, che riguarda, come accennammo, la determinazione delle persone dalle quali esclusivamente possa essere proposta l'azione di nullità.

Se prima di occuparci del testo raccogliamo il pensiero intorno ai principii generali di diritto, che dovrebbero servire di guida in questo argomento, essi ci si presentano tosto chiari e decisivi.

L'azione di nullità nel caso nostro è essenzialmente relativa, perchè introdotta a solo vantaggio del minore. L'esercitarla deve dunque competere esclusivamente a lui od a chi lo rappresenti legittimamente.

Trattandosi poi di atti concernenti l'amministrazione dei beni, l'azione di nullità è necessariamente d'*interesse pecuniario;* e quindi dev'essere anche essenzialmente *trasmissibile.* Da ciò deriverà dunque che tra i *rappresentanti legittimi* del minore, che possano in vece di lui esercitare l'azione di nullità relativa introdotta dalla legge in suo favore, non debbano annoverarsi soltanto coloro che per mandato ad essi conferitone dalla legge rappresentino la persona stessa del minore in tutti gli atti civili che lo riguardino — quali sono il genitore esercente la patria potestà ed il tutore — ma quelli eziandio, che essendo succeduti per titolo universale o particolare nei diritti che al minore appartenevano relativamente agli atti, dei quali gli era dato di poter invocare la nullità, sono quindi investiti anche dell'azione di nullità stessa, e la possono esercitare *in nome proprio,* siccome subentrati in luogo del minore.

Non ci sarà difficile dimostrare come questi principii fondamentali siano stati esattissimamente applicati nell'articolo 227, del quale nei numeri successivi analizzeremo la disposizione.

233. Questo articolo ci dice in primo luogo che la nullità da esso contemplata può essere opposta *dal padre.* Ma a questo è attribuita l'azione di nullità per la sola qua-

lità sua di rappresentante legittimo del figlio, ed è quindi unicamente in nome del figlio stesso ch'egli può esercitarla? Ovvero è attribuita a lui personalmente, e la può quindi esercitare anche *in nome proprio?*

L'illustre consigliere Borsari sembra propendere per questa seconda opinione; o piuttosto sembra anzi volere escludere assolutamente che il padre possa esercitare l'azione di nullità in rappresentanza del figlio. Egli dice che gli atti fatti in contravvenzione alla legge, dei quali parla l'art. 227 " potranno essere annullati ad istanza del figlio sciolto " della patria potestà, o anche durante il suo impero. *In " questo secondo caso sarebbe rappresentato dal curatore spe- " ciale*, giusta le norme dell'art. 224, avverandosi il *con- " flitto d'interessi*, attesa la responsabilità che il padre " incontra personalmente ".

E poco appresso soggiunge:

" Più grave si è l'attribuire l'azione al padre, che sarebbe " l'autore della contravvenzione. Vista da questo lato, è " nullità d'ordine pubblico: la sanzione comechè unilate- " rale si reputa sufficiente, e forma stimolo agli acquirenti " affinchè non rimangano inerti e vegliando sul proprio " interesse siano accorti di fare i contratti colle opportune " guarentigie " (1).

Sono questi veramente i concetti del legislatore?

Confessiamo di pensare precisamente l'opposto. A noi sembra che trattandosi di un'azione di nullità puramente *relativa*, introdotta in solo vantaggio del figlio minore, non era possibile attribuirne l'esercizio al padre in nome proprio, ma unicamente *in rappresentanza del figlio* medesimo. E ci pare di trovarne la conferma nelle brevi parole che abbiamo sopra riferite della splendida relazione del *Vigliani*, dove è detto " che *al solo figlio* ed ai suoi *eredi* od *aventi-causa* " si permette di esercitare *un'azione che nel solo loro inte- " resse è stabilita* ", e non è neppure accennato al padre;

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 227, vol. I, § 523, pag. 822.

onde appare manifesto che nell'art. 227 è parlato di lui, unicamente in quanto *rappresenti il figlio,* esercitando in nome di questo l'azione di nullità, che a lui solo ed ai suoi eredi od aventi causa è riserbata.

Si mette in campo l'idea d'una *nullità di ordine pubblico;* e questa idea è vera in quell'ampio senso in cui si reputa attinente all'interesse generale tutto ciò che concerna lo stato e la capacità delle persone. Ma la causa della nullità, e dell'azione per farla dichiarare, non risiede propriamente nell'*interesse generale diretto*, bensì principalmente nell'interesse privato e pecuniario del minore, a cui mancò la protezione che la legge voleva assicurargli: l'ordine pubblico non vi si associa che in modo indiretto e secondario. Se fosse altrimenti, se si trattasse d'una nullità d'ordine pubblico diretto, essa sarebbe necessariamente *assoluta*, potrebb'essere rilevata anche d'*ufficio* dai giudici, non ammetterebbe *conferma*, e la legge ne avrebbe probabilmente attribuita l'azione, come fece per altri casi, al pubblico ministero; mentre è tutto il contrario per questa nullità degli atti fatti pel minore senza le debite condizioni e formalità.

Inoltre per attribuire al padre un'azione propria di nullità degli atti fatti in contravvenzione alla legge pel figlio soggetto alla sua potestà sarebbe indispensabile che il padre stesso potesse allegare come fondamento di quell'azione un interesse suo — poichè non può esservi azione senza interesse — e un *interesse pecuniario*, giacchè l'art. 227 non si riferisce che ad atti concernenti l'amministrazione dei beni. Ora l'interesse pecuniario a far annullare gli atti fatti pel figlio, appartiene a quest'ultimo, e non al padre. Del quale tutt'al più potrebbe dirsi che avesse un interesse indiretto per la ragione dell'usufrutto, che gli appartiene sui beni del figlio. Ma l'usufrutto non comprendendo che alcuni dei beni acquistati dal figlio, vi sarebbero numerosi casi nei quali il padre non avrebbe alcuno interesse neppure indiretto all'annullazione degli atti fatti pel figlio,

mentre la disposizione dell'art. 227, che accorda anche a lui l'azione di nullità, è generale. E poi, sarebbe mai ammissibile che per un proprio interesse indiretto il padre potesse esercitare per conto suo un'azione di nullità introdotta a solo vantaggio del figlio, ed esperimentarla contro atti compiuti da lui medesimo nella sua qualità di amministratore legale?

Ci sembra dunque certissimo che il padre non abbia dall'articolo 227 un'azione propria per far annullare gli atti avvenuti in contravvenzione alla legge, ma solo come rappresentante del figlio soggetto alla sua potestà possa esercitare l'azione a questo competente.

Il *Borsari* ci dice che il figlio nell'esercizio di quest'azione non potrebb'essere rappresentato dal padre, pel *conflitto d'interessi* che si verificherebbe, attesa *la responsabilità in cui il padre sarebbe incorso personalmente;* e sarebbe quindi necessario, secondo l'art. 224, § 3, di nominare all'uopo un *curatore speciale*. Ma pensiamo di poter dimostrare che in generale, e salvi alcuni rari casi di eccezione che accenneremo, sia vero il contrario.

Distinguiamo i due casi altra volta indicati, che la nullità dipenda dall'avere il minore agito da sè, senza l'intervento del suo legittimo rappresentante, o dall'essere state omesse le formalità abilitanti necessarie negli atti compiuti in nome del minore dal rappresentante medesimo.

Nella prima ipotesi, non vi ha dubbio, è esclusa qualunque idea di responsabilità personale del padre verso chi ha contrattato, senza l'intervento di lui, col figlio. Ed ecco, a buon conto, un caso nel quale il padre, senza contrasto possibile, rappresenterà il figlio esercitando nell'interesse e in nome di lui l'azione di nullità; nè può esservi bisogno della nomina di un curatore speciale, poichè non v'è ombra di conflitto d'interessi tra padre e figlio.

Ma supponiamo pure che l'atto, del quale si chiede la nullità, sia stato compiuto dal padre stesso. Se a lui si obbiettasse che non può venir contro il fatto proprio, fa-

cendo annullare il suo proprio contratto, risponderebbe tosto vittoriosamente che non agisce per sè, ma pel minore da lui rappresentato; e che a questo non si può impedire l'esercizio dell'azione di nullità perchè sia rappresentato dall'autore dell'atto contro cui l'azione è rivolta, qualunque potesse essere la responsabilità personale di questo rappresentante verso l'altro contraente. Ma appunto questa responsabilità gli si obbietta, non per impedire al minore l'esercizio dell'azione di nullità, ma per sostenere che in esso non possa agire per lui l'ordinario suo rappresentante legittimo, il padre, ma un *curatore speciale*. Or bene, è precisamente questa responsabilità dell'amministratore legale verso il terzo, col quale ha contrattato in nome dell'amministrato, che non crediamo ammessibile; almeno nel modo generale ed assoluto in cui è presentata. Il fatto d'aver contravvenuto alla legge, contrattando senza l'adempimento delle formalità da essa prescritte, è comune ad ambe le parti. Il terzo che contrattò col padre in qualità di rappresentante il figlio minore, il terzo che non può allegare ignoranza delle disposizioni della legge, per le quali certe formalità sarebbero state indispensabili alla validità del contratto, non deve imputare all'altro, ma a sè medesimo di essersi volontariamente esposto alle conseguenze dell'annullazione. Egli ha accettato di contrattare sotto una specie di condizione risolutiva; e *volenti non fit injuria*. Se dunque il padre non è soggetto a nessun risarcimento di danni verso il terzo contro il quale faccia annullare il contratto, non v'è generalmente nell'esercizio dell'azione di nullità nessun interesse in conflitto tra il padre ed il figlio; epperò non può esser caso di applicare il § 3 dell'art. 224 facendo nominare al figlio un curatore speciale che lo rappresenti.

Può darsi veramente qualche caso particolare, in cui la responsabilità del padre sussista; come quando l'avesse egli stesso assunta convenzionalmente, obbligandosi nell'atto a guarentire l'altro contraente pel caso di annullazione del contratto; o quando dolosamente avesse celato all'altro

contraente la qualità in cui agiva, per esempio, affittandogli per più di nove anni un fondo appartenente al minore e non compreso nell'usufrutto legale, tacendo questa circostanza. E allora, come il padre avrebbe interesse personale perchè non seguisse l'annullazione, che nell'interesse del figlio dovrebb'essere dichiarata, ne risulterebbe in realtà il *conflitto*, il quale non permetterebbe al padre di rappresentare il figlio nell'esercizio dell'azione e renderebbe necessaria, a tenore dell'art. 224, § 3, la nomina di un curatore speciale. Ma questi sarebbero casi di eccezione, i quali, ben lungi dal contraddire, non farebbero che confermare la regola generale in contrario.

Ci sembra dunque stabilito che la nullità degli atti, fatti in contravvenzione alle leggi, potrà essere opposta, come dichiara l'art. 227, dal padre quale rappresentante legale del minore, quand'anche di quegli atti sia stato autore il padre stesso nella qualità sua di amministratore de' beni del figlio; salvochè a questo dovrà nominarsi un curatore speciale nei casi di eccezione, nei quali il padre sia personalmente responsabile verso l'altra parte dell'annullazione che avvenga del contratto.

Quantunque poi l'art. 227 parli soltanto del padre, perchè suppone il caso più comune, che la patria potestà continui e sia esercitata da lui, è però evidente che lo stesso dovrebbe ammettersi per qualunque altro legittimo rappresentante del figlio, in nome del quale potrebb'essere promossa l'azione di nullità relativa a lui. Così la madre, se a lei fosse passato l'esercizio della patria potestà, o il tutore se la tutela fosse aperta, potrebbero ugualmente domandare la dichiarazione di nullità, tanto degli atti che il minore avesse fatti da sè senza l'intervento del suo legittimo rappresentante, quanto di quelli che senza l'osservanza delle formalità stabilite fossero stati compiuti o da loro stessi o dal padre nella precedente sua amministrazione. Senonchè pel tutore sarebbe necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, a norma del disposto dall'art. 296 cod. civ.

234. È dichiarato poi che la nullità *può essere opposta dal figlio.* E ciò è tanto evidente da non occorrere altra avvertenza, se non questa: che il figlio non può esercitare personalmente l'azione di nullità relativa, che la legge gli attribuisce, finchè non abbia raggiunta la maggiore età o non sia emancipato. Non già che fino a quando egli rimanga soggetto a patria potestà o tutela sia sospeso l'esercizio dell'azione di nullità a lui spettante. Non vi è legge che stabilisca una tal massima; la quale d'altronde non sarebbe razionale, poichè sussistendo un'azione che fa parte attiva del patrimonio del minore non potrebb'esservi motivo per non permetterne intanto l'esercizio, la cui dilazione potrebbe anche arrecare, in certe circostanze, grave ed irreparabile pregiudizio agli interessi del minore. Solo dovrebbe essere applicato anche qui il principio generale stabilito dalla legge; che in nessuno degli atti della vita civile il minore non emancipato è ammesso ad agire personalmente, ma in tutti è rappresentato dal genitore alla cui patria potestà è sottoposto, o dal tutore. Così anche la nullità degli atti fatti in contravvenzione alla legge potrebbe essere proposta in nome del figlio dal genitore esercente la patria potestà o dal tutore, come vedemmo nel numero precedente.

Quando poi il figlio fosse giunto alla maggiore età, dipenderebbe unicamente da lui l'esercitare l'azione di nullità, che certamente non potrebbe più essere promossa nè dal padre, nè dal tutore. Quando il figlio fosse emancipato, spetterebbe ancora a lui personalmente l'intentare l'azione, che niuno potrebbe più esercitare in nome suo; ma abbisognerebbe dell'assistenza del curatore per stare in giudizio (articolo 318 codice civile).

235. Se il figlio sia morto senz'avere intentata l'azione di nullità ch'egli poteva promuovere, hanno qualità per esercitarla gli eredi di lui, siano poi legittimi o testamentari, che ne rappresentano e continuano giuridicamente la

persona, ed ai quali si trasmette tutto ciò che fa parte attiva o passiva del suo patrimonio; e lo possono per tutto quel tempo che rimaneva ancora al defunto nel momento di sua morte per far valere utilmente quell'azione; lo possono negli stessi modi e sotto identiche condizioni, poichè in generale chi esercita un diritto in rappresentanza d'altra persona, ne usa nella stessa maniera in cui questa avrebbe potuto farlo.

L'art. 227 esprime questa massima dicendo che " la " nullità degli atti fatti in contravvenzione ai precedenti " articoli *può essere opposta dagli eredi del figlio* „.

Anche intorno a ciò non era infatti possibile alcun dubbio. L'azione di nullità di cui ora trattiamo riguarda atti relativi all'amministrazione dei beni, atti d'interesse pecuniario, ed è quindi per la stessa natura sua essenzialmente trasmissibile agli eredi della persona a cui compete. Certo possono esservi diritti d'interesse pecuniario che non si trasmettano agli eredi; ma sono soltanto quelli così esclusivamente inerenti alla persona, che finiscono per necessità insieme con essa. Evidentemente non può considerarsi come tale l'azione di nullità degli atti che siano stati fatti in nome del defunto quand'era minore di età e senza l'adempimento delle condizioni e forme volute dalla legge. La riparazione del torto, causato al patrimonio del minore con questi atti illegali, costituisce un diritto che fa parte del patrimonio stesso, epperò deve appartenere anche agli eredi, ai quali il patrimonio si trasmette.

236. Qualche dubbio avrebbe potuto invece essere sollevato, almeno per certi casi speciali, quanto ai successori particolari; e il nostro legislatore volle rimuoverlo coll'esprimere nell'art. 227 che " la nullità degli atti fatti in " contravvenzione ai precedenti articoli *può essere opposta* " *dagli aventi causa del figlio* „.

Obbiezioni serie contro tale massima generale non avrebbero infatti potuto sostenersi. Le stesse ragioni, per le quali

l'azione di nullità in questa materia è trasmissibile per successione universale, dimostrano, con pari evidenza, che tale azione deve essere pure trasmissibile per titolo particolare.

Un diritto, com'è questo, essenzialmente *pecuniario* e *non esclusivamente inerente alla persona* alla quale è attribuito, deve potersi trasferire dalla persona stessa ad un'altra col mezzo d'una cessione, d'un legato o di qualunque altro titolo particolare ammesso dalla legge. Il cessionario, il legatario, l'acquirente a qualunque altro titolo potrebbe dunque esercitare l'azione di nullità, nella stessa maniera in cui avrebbe potuto farlo chi gliela ha trasferita.

Nè poi può essere necessaria sempre una trasmissione espressa; ma anche l'acquirente di diritti, ai quali l'azione di nullità di certi atti, fatti in nome del minore senza le debite formalità, debba riputarsi inerente, potrà come avente causa del minore stesso esercitar quell'azione. Supponiamo che un'alienazione di beni immobili del minore sia stata fatta senza l'autorizzazione del tribunale; e che il minore stesso fatto maggiore alieni in favore d'un altro quei medesimi beni. La nuova alienazione non potrà certo dirsi nulla come avente per oggetto beni altrui; perchè se la precedente alienazione venga annullata, essa dovrà considerarsi come non mai avvenuta in virtù dell'effetto retroattivo della sentenza che dichiari la nullità (1). L'azione di nullità dell'anteriore alienazione dovrà dunque intendersi trasferita per effetto della nuova al secondo acquirente, ancorchè non ne sia stata fatta espressa dichiarazione di cessione; perchè egli solo ha ormai interesse legittimo ad esercitarla, e come *avente-causa del figlio* ne ha qualità, secondo la generale disposizione dell'art. 227.

Altro esempio: supponiamo che il padre non autorizzato dal tribunale abbia costituita ipoteca sopra un immobile appartenente al figlio minore; e questi giunto a maggiore

---

(1) V. vol. I, " *Principî generali sulle leggi* „ n. 120, pag. 868-869.

età abbia ipotecato quel medesimo immobile a favore d'un altro creditore. Quest'ultimo, come avente-causa del figlio, potrà opporre la nullità dell'ipoteca anteriore, che precedendo in grado la sua gli toglierebbe o gli diminuirebbe la guarentia del suo credito. Colla ipoteca il creditore acquista naturalmente il diritto di far valere tutti i mezzi che siano necessari per mantenere ed esercitare con piena efficacia l'ipoteca stessa; e tra questi mezzi non si può omettere di contare anche l'azione per far annullare l'ipoteca di grado precedente.

Si è mosso il dubbio se un cessionario di diritti e di azioni in generale — per esempio di tutti i diritti dipendenti dalla successione del figlio minore — possa esercitare anche le azioni di nullità che in questa cessione fatta senz'alcuna riserva potrebbero reputarsi comprese. E certamente, non essendo da disconoscere in un tale cessionario la qualità di *avente-causa* del figlio, parrebbe a primo aspetto che la questione dovesse risolversi affermativamente, secondo la espressa disposizione del nostro art. 227. È però da riflettere che tutto si ridurrebbe a vedere se in questo caso potesse, secondo l'intenzione delle parti ragionevolmente interpretata, ritenersi compresa in tale cessione generale di diritti e di azioni anche la cessione particolare dell'azione di nullità dipendente da causa *personale*, come è quella della minorità. Ora a tale proposito reputiamo giustissima la distinzione insegnata dalla dottrina. Le azioni di nullità provenienti da cause non personali, *ma inerenti alla cosa* od al contratto — per esempio, per lesione — debbono considerarsi come comprese nella cessione generale; ma devesi ritenere il contrario per le azioni di nullità derivanti da *cause puramente personali*, qual'è appunto quella contemplata nell'art. 227, perchè è da presumere che la persona a cui competono, cedendo generalmente tutti i proprii diritti ed azioni senza espressamente comprendervi quelle, abbia voluto non trasmetterle al terzo, ma abbandonarle, per quelle ragioni di delicatezza e di

convenienza che spesso consigliano a non valersi di tali azioni (1).

V'è anche un altro punto, che fu controverso; e riguarda il potersi o no esercitare l'azione di nullità *dai creditori del figlio*, giovandosi della massima generale, sanzionata anche dall'art. 1234 del nostro codice, che: " I creditori, per il " conseguimento di quanto è loro dovuto, *possono esercitare " tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei " diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del " debitore* „.

Il *Toullier* espresse dapprima l'opinione che l'azione di nullità degli atti per incapacità personale dovesse riguardarsi come *esclusivamente inerente alla persona* di colui che la legge investe di quest'azione di nullità relativa, epperò non potessero in nome di lui esercitarla i suoi creditori. Confutato su questo punto dal *Merlin* — che pure sulle osservazioni del *Toulllier* erasi ricreduto di alcune precedenti sue opinioni sovra altre questioni speciali relative alla stessa materia — anche il *Toullier* ritrattò la sua teoria con parole che ci piace di riferire, come nobilissimo esempio datoci dai più grandi giureconsulti del dovere di posporre le velleità d'un falso amor proprio al culto vero della scienza.

" Sulla questione se i creditori d'un minore divenuto " maggiore, o d'una donna divenuta vedova, possano esercitare in loro nome il diritto di far rescindere o annullare i " contratti consentiti durante la minorità o senza autorizza- " zione, io accetto con pieno convincimento la distinzione " così bene stabilita da *Merlin*. Se i creditori agiscano " prima che il minore divenuto maggiore, o la vedova " abbiano confermato, od abbiano rinunciato all'azione in " rescissione, essi possono esercitarla in loro nome e vece. " Ma non lo potrebbero più dopochè i loro debitori aves- " sero fatto atto di conferma, o la loro azione di nullità

(1) V. Solon, *Des nullités*, n. 448-449.

" fosse stata respinta con sentenza passata in giudicato.
" I creditori non avrebbero più allora altro mezzo che
" l'*azione revocatoria contro l'atto di conferma*, provando che
" fosse stato fatto in frode dei loro diritti, *consilio et eventu*.
" *Merlin* ha egregiamente provata la *differenza tra i diritti*
" *puramente personali e quelli esclusivamente inerenti alla*
" *persona, ch'io aveva confusi* „.

La dottrina e la giurisprudenza furono d'allora in poi sempre concordi nell'ammettere che l'azione di nullità per incapacità personale potesse essere esercitata anche dai creditori dell'incapace; nè poteva essere altrimenti. La massima proclamata nell'art. 1166 cod. Franc. — al quale corrisponde il nostro 1234 — è generale: " I creditori pos-" sono esercitare *tutti i diritti e tutte le azioni del debitore* „ purchè, s'intende, questi diritti o queste azioni *presentino un interesse pecuniario attuale*, poichè questa facoltà conceduta ai creditori non ha altro scopo — siccome fu opportunamente espresso nel nostro art. 1234 — che *il conseguimento di quanto è loro dovuto*. Ora l'azione di nullità contro atti relativi ai beni è d'interesse pecuniario; essa dunque è compresa nella generalità della regola sopraddetta. Questa subisce una sola eccezione, ed è pei *diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore*. Ma non può reputarsi appartenente a tale categoria il diritto di far annullare un atto per incapacità di chi lo ha commesso. Quel diritto può veramente sotto un aspetto qualificarsi *puramente personale*, in quanto è stabilito per ragione *della incapacità della persona e nel solo interesse dell'incapace;* ma non risulta da ciò che sia *esclusivamente inerente alla persona di lui*. Come altra volta accennammo incidentemente — senza tentare di approfondire una teoria che appartiene ad altra materia — un diritto od azione, ancorchè *puramente personale* per la causa su cui è fondato, non può riguardarsi come *esclusivamente inerente alla persona* alla quale è attribuito, se non quando ciò risulti dai principii generali di diritto, come avviene per le azioni od eccezioni

d'*interesse puramente morale*, o da disposizione espressa di legge, qualora si tratti di azioni od eccezioni di *interesse pecuniario* (1). Il *Merlin* volle definire i diritti *esclusivamente inerenti alla persona* dicendo che: " Non si possono " considerare come attaccati alla persona, se non i diritti " che ad un tempo *non passino all'erede nè siano capaci di* " *cessione* „. Questa definizione fu censurata dagli altri autori; e forse non a torto come principio assoluto, quale l'aveva così formulato il celebre giureconsulto. Gli obbiettano che v'è qualche diritto trasmissibile agli eredi, eppure non esercitabile dai creditori della persona a cui è attribuito, e che quindi sotto tale aspetto è *esclusivamente inerente alla persona* stessa — come l'azione in rivocazione d'una donazione per causa d'ingratitudine (v. art. 1082 cod. civ.) —; che parimente un diritto può essere suscettibile di cessione e non d'essere esercitato dai creditori — come l'azione in risarcimento di danno per reati commessi contro la persona. Ma queste, se non erriamo, non sono che *eccezioni:* le quali provano soltanto che la teoria del *Merlin* non è accettabile come un principio assoluto. Non cessa per questo d'essere vera quale regola generale. Come accennammo nel luogo sopra citato, se un diritto è *esclusivamente inerente alla persona*, non può per ciò stesso essere trasmissibile da lei ai suoi eredi od aventi causa; e questa trasmissibilità prova dunque, generalmente, in contrario che il diritto non è esclusivamente inerente alla persona. Certo non ne deriva che assolutamente sempre debbano essere esercitabili dai creditori quei diritti dei quali la legge stabilisca la trasmissibilità agli eredi, o dei quali sia ammissibile la cessione; perchè può darsi che la trasmissibilità ereditaria sia ammessa dalla legge eccezionalmente, o che la cessione sia possibile secondo i principii generali di diritto, per ragioni le quali non sussistano rispetto ai creditori. E non è forse appunto così nei casi citati dagli autori che combat-

(1) V. vol. V, parte II, n. 267, pag. 344 e seg.

tono la teoria del *Merlin?* L'articolo 1082 del codice nostro, corrispondente al 957 Francese, non stabilisce già come regola generale la trasmissibilità, agli eredi del donante, dell'azione per far rivocare la donazione per causa d'ingratitudine del donatario. Stabilisce anzi la regola contraria: che *la domanda di rivocazione non può proporsi dagli eredi del donante contro il donatario;* e fa solo *eccezione* pei casi che *l'azione sia stata promossa dallo stesso donante, od egli sia mancato di vita entro l'anno dal fatto avvenuto.*

Si è voluto che il donante sia giudice egli solo della gravità dei fatti d'ingratitudine del donatario, che lo riguardano personalmente, e della convenienza di revocare la donazione; e perciò non si è accordata l'azione di rivocazione agli eredi, se non quando il donante stesso l'abbia già promossa, o la morte di lui sia stata così vicina all'avvenimento del fatto d'ingratitudine, da lasciar presumere che avrebbe intentata la rivocazione della donazione se fosse sopravvissuto. Se si accordasse l'azione ai creditori del donante, si contraddirebbe invece manifestamente a questi motivi della legge, poichè i creditori stessi potrebbero intentare la rivocazione contro il donatario, non ostante che il donante preferisse di perdonare.

Parimente per l'azione in risarcimento di danni dipendenti da reati contro la persona, i principii generali di diritto vogliono ch'essa sia riservata esclusivamente alla persona offesa, perchè a lei sola deve spettare di apprezzare fatti che la riguardano personalmente, e risolvere se le convenga intentare un'azione di danni, la quale più che una semplice indennità pecuniaria ha anche per oggetto una riparazione morale. I principii stessi insegnano che l'offeso può cedere questa sua azione, perchè collo stesso atto di cederla esercita il diritto che vi corrisponde. Ma all'opposto, se si accordasse l'azione ai creditori dell'offeso, verrebbe conculcato il diritto spettante a quest'ultimo di risolvere egli solo sulla convenienza di esercitare l'azione stessa.

Ci par dunque di poter conchiudere che come regola generale sia vera la massima insegnata dal *Merlin*, non potersi considerare come esclusivamente inerenti alla persona quei diritti o quelle azioni, che siano trasmissibili per eredità o suscettibili di cessione; che solo eccezionalmente possa verificarsi, o in virtù dei principii generali di diritto, o per disposizione speciale di legge, che qualche azione possa trasmettersi agli eredi o possa essere ceduta, e tuttavia non sia esercitabile dai creditori.

Ciò posto, l'azione di nullità degli atti fatti pel minore soggetto a patria potestà, senza che siano adempite le formalità abilitanti prescritte della legge, essendo d'interesse pecuniario, ed essendo *trasmissibile agli eredi od aventi causa* del figlio, non potrebbe certamente considerarsi come *esclusivamente inerente alla persona* nel senso dell'articolo 1234 cod. civ., sicchè fosse vietato l'esercitarla ai creditori del figlio medesimo; mentre una simile eccezione non troverebbe appoggio nè nei principii generali di diritto, nè in un testo di legge. E tale è infatti, come dicemmo, l'opinione generale degli autori (1): della quale tanto meno potremmo dubitar noi, che abbiamo nell'articolo 227 una disposizione espressa la quale riconosce negli *aventi causa* del figlio il diritto di opporre la nullità degli atti fatti in contravvenzione alla legge; e questa parola *aventi causa* comprende nella sua generalità anche i *creditori*, i quali in quanto esercitano, a termini dell'art. 1234, le azioni appartenenti al debitore vengono appunto in veste di aventi causa da lui.

237. Abbiam parlato finora dell'*azione di nullità* degli atti fatti pel minore soggetto a patria potestà senza che fossero adempite le condizioni e formalità prescritte dalla

---

(1) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *Hypothèque*, § IV, n. 4-5; Toullier et Duvergier, *Annot.*, n. 569, § 2; Solon, *Traité des nullités*, n. 474; Marcadé, art. 1166, § II, t. IV, n. 495; Aubry et Rau sur Zachariae, t. III, § 312, n. 36; Laurent, t. XVI, n. 420, pag. 478.

legge, e più specialmente delle persone che possono promuoverla. È però certo che queste persone medesime, senza rendersi attrici provocando la dichiarazione di nullità, possono attendere che l'altra parte contraente agisca per la esecuzione del contratto o fondandosi sull'atto, quale che sia, infetto di nullità; per difendersi allora mediante la *eccezione di nullità*. Ciò è manifestamente conforme al testo dell'articolo 227, che determina le persone dalle quali può *essere opposta la nullità;* il che comprende tanto il promuoverne l'azione quanto l'opporne l'eccezione, se forse non accenni più particolarmente a questa.

D'altronde abbiamo osservato che in tale disposizione il legislatore ebbe in mira di rimuovere ogni dubbio intorno alle persone dalle quali la nullità potesse esser fatta valere; e pel resto intese di riferirsi ai principii generali risguardanti la nullità degli atti. Ora tra questi principii deve annoverarsi fuor di dubbio quello proclamato nell'art. 1302 del codice civile, secondo il quale: " L'eccezione di nullità " o di rescissione può essere opposta da chi è convenuto " per l'esecuzione del contratto, in tutti i casi nei quali " avrebbe potuto egli stesso agire per nullità o rescissione ". L'art. 227 determina dunque ad un tempo le persone che possono esercitare l'azione od opporre l'eccezione di nullità; e il padre, che come rappresentante del figlio fosse convenuto per l'esecuzione del contratto, o il figlio stesso o i suoi eredi od aventi causa potrebbero efficacemente difendersi mediante la eccezione predetta.

Questa eccezione poi, secondo la massima generale dello stesso art. 1302 §, 2, non sarebbe soggetta a quella prescrizione speciale per la quale si estinguono le azioni di nullità; anzi neppure potrebbe reputarsi veramente estinguibile colla prescrizione ordinaria di trent'anni (art. 2135 cod. civ.), ma tanto durerebbe quanto l'azione a cui venisse opposta, giusta il principio " *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua fiunt ad excipiendum* ".

C) *Delle cause per le quali cessa l'amministrazione legale e del rendiconto.*

Sommario. — 238. Quali siano le cause per le quali può cessare l'amministrazione legale attribuita al genitore. — 239. Dell'obbligazione del genitore di render conto. Se sia tenuto a presentare gli stati annuali d'amministrazione. — 240. Della responsabilità del genitore, quale amministratore legale, e dell'obbligo che gl'incombe di render conto tanto dei beni da lui semplicemente amministrati quanto di quelli dei quali abbia avuto l'usufrutto. — 241. Quali siano le norme generali da osservarsi pel rendiconto che il genitore è obbligato a dare. — 242. A chi debba essere presentato il conto e da chi e sotto quali condizioni possa essere approvato, affinchè sia efficacemente liberato l'amministratore. — 243. Se prima dell'approvazione del conto possano aver luogo convenzioni valide tra il genitore ed il figlio sciolto dalla patria potestà. — 244. Se la somma a cui ascenda il residuo debito o credito dell'amministratore possa produrre interessi, e da qual giorno essi decorrano. — 245. A quale prescrizione siano soggette le azioni dell'amministrato contro l'amministratore cessato, relativamente alla gestione da lui tenuta.

238. L'amministrazione legale dei beni del figlio non essendo altro che un attributo e una dipendenza della patria potestà civile, le cause medesime per le quali questa finisce debbono quindi necessariamente produrre anche la cessazione di quella. Intorno a tale argomento non abbiamo dunque che a riferirci a quanto dovremo esporre più tardi intorno alle cause di cessazione della patria potestà. Importa solo di ricordare che l'estinguersi questa, per qualunque causa o naturale o legale, nella persona del padre, non sempre dà luogo, secondo la nostra legge, a cangiamento nello stato del figlio, assoggettandolo a tutela; ma se la madre sia superstite e capace, fa passare a lei l'esercizio della patria potestà (art. 220, § 3, cod. civ.) e con esso anche quello dell'amministrazione dei beni del figlio; salve le limitazioni, a cui altra volta accennammo e che dimostreremo poi più particolarmente, le quali possono essere imposte all'amministrazione materna, sia in virtù di disposizione fatta dal padre (art. 235 cod. civ.), sia anche per deliberazione del consiglio di famiglia nel caso che la madre passi a seconde nozze (art. 237, 238 cod. civ.). E questa deliberazione del consiglio di famiglia può eziandio

togliere alla madre, che passi a nuovo matrimonio, l'amministrazione de' beni del figlio; la quale anzi si perde di diritto dalla madre che prima di contrarre le nuove nozze non abbia fatto convocare il consiglio di famiglia per deliberare intorno alla medesima amministrazione, ed all'educazione del figlio. Così anche il passaggio della madre a nuovo matrimonio può costituire una causa speciale di cessazione in lei del diritto di amministrare i beni del figlio soggetto alla sua potestà. Ma perchè appunto non è questo che un caso di eccezione e riguardante la madre sola, reputiamo opportuno riserbarne una più ampia dimostrazione a quando parleremo delle disposizioni particolari date dalla legge per certi speciali rapporti concernenti la patria potestà, piuttostochè trattarne qui dove l'argomento ci chiama a considerare soltanto le cause comuni per le quali può cessare l'amministrazione legale, sia che si trovi affidato l'esercizio di essa all'uno od all'altro dei genitori legittimi.

Oltre al dover finire l'amministrazione legale ogni volta che cessi la patria potestà, la legge nostra ha ammesso — sciogliendo così nel modo più conforme all'interesse del figlio una questione controversa nella dottrina francese — che " *se il genitore abusa della patria potestà . . . . . male* " *amministrando le sostanze del figlio . . . . . il tribunale,* " sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del " pubblico ministero, *potrà provvedere per la nomina . . . . .* " *di un curatore ai beni del figlio* ".

Nondimeno, come già altra volta abbiamo osservato e come dimostreremo più ampiamente appresso, non cessa per questo la patria potestà nel genitore colpevole di abuso; ma cessa fuor di dubbio l'amministrazione che il tribunale, secondo la facoltà datagliene dalla legge, conferisce ad un *curatore*. Così dunque l'abuso commesso nell'amministrazione diviene una causa speciale per cui essa cessa nel genitore riconosciuto colpevole, ancorchè non sia però finito in lui l'esercizio della patria potestà per tutti gli altri attributi estranei alla gestione de' beni.

239. Il nostro codice non ha parola che riguardi il rendimento dei conti dell'amministrazione legale tenuta dal genitore. Tuttavia a niuno potrebbe venire in pensiero che egli ne fosse dispensato. Non è egli forse un mandatario legale? E non è un principio di ragione e di diritto positivo che ogni mandatario debba render conto del suo *operato?* (art. 1747 cod. civ.). Forse perciò appunto il legislatore non fece alcuna disposizione speciale a questo proposito in ordine alla patria potestà, perchè bastavano i principii generali, ai quali intese di riferirsi. E se l'amministrazione legale paterna fu opportunamente lasciata libera da quelle speciali guarentie che si reputarono necessarie per l'amministrazione tutoria, ciò non costituiva per certo una ragione sufficiente per dispensarla eziandio da un obbligo essenziale d'ogni amministratore de' beni altrui, quale è quello di render conto del proprio operato; chè anzi non vi era che una ragione di più per esigere che l'amministratore legale dimostrasse col rendiconto di aver corrisposto alla fiducia speciale di cui lo onorò la legge.

Ma sarebbe manifestamente arbitrario il tenere obbligato il genitore a presentare quegli *stati annuali d'amministrazione* che l'articolo 303 prescrive al tutore. È questa una disposizione eccezionale per la tutela, nè quindi può estendersi alla patria potestà, rispetto a cui la legge non ne parla. D'altronde gli stati annuali predetti debbono, secondo il citato art. 303, essere presentati *al consiglio di famiglia.* Come potrebbesi applicare questa disposizione alla patria potestà, quando il consiglio di famiglia non è costituito? Si aggiunga che il medesimo articolo dispensa affatto dalla presentazione di questi conti speciali e sommarii anche il tutore, quando sia l'*avo paterno o materno;* e che poi nella tutela stessa degl'interdetti, qualora sia esercitata dal padre o dalla madre, l'articolo 331 permette che *il consiglio di famiglia o di tutela possa dispensare il tutore dall'obbligo di presentare gli stati annuali menzionati nell'art.* 303. E dopo ciò come sarebbe possibile ritenere obbligatoria e senza

ammissibilità di dispensa, la presentazione di tali stati annuali da parte del genitore, amministrator legale, a cui la legge non impone questo dovere? (1). Concludiamo dunque che il genitore non è tenuto a rendere altro conto della sua amministrazione se non il definitivo, che, al pari di ogni altro amministratore de' beni altrui, deve dare, allorchè l'amministrazione legale cessi per qualunque delle cause ammesse dalla legge, e più specialmente per la maggiorità o l'emancipazione del figlio.

240. Il padre — diceva l'art. 389 del codice Francese — " è tenuto a rendere conto della proprietà e delle rendite " di que' beni di cui non ha l'usufrutto; e della sola pro- " prietà di quelli il cui usufrutto gli è dalla legge attribuito ".

Quantunque non riprodotta nel testo del codice nostro, questa massima ci sembra tuttavia da osservarsi, siccome di ragione e di diritto comune. L'obbligo di render conto si collega necessariamente alla responsabilità che incombe al genitore per l'amministrazione dalla legge affidatagli dei beni del figlio. Ora quest'amministrazione comprende tutti in generale i beni del figlio; e quelli ancora sui quali la legge attribuisce l'usufrutto al genitore medesimo sono da lui posseduti per duplice titolo, in nome proprio quale usufruttuario, in nome del figlio quale amministratore; nè queste due qualità si confondono, nè l'una assorbe l'altra, ma coesistono e possono produrre ciascuna i proprii effetti giuridici distinti (2). La responsabilità del genitore, come amministrator legale, e l'obbligo conseguente di render conto sussistono dunque ugualmente per tutti i beni del figlio; ma per quelli dei quali sia appartenuto anche l'usufrutto al genitore, egli è tenuto a render conto della sola proprietà, mentre per gli altri deve rendere conto anche delle rendite.

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, vol. I, § 522, pag. 820.
(2) V. sopra, n. 178, pag. 389; n. 186, pag. 421 e seg.

Tutto questo ci sembra tanto evidente, che avremmo reputato superfluo il farne cenno, se non avessimo visto insegnato da un illustre autore che l'amministratore legale debba render conto solamente dei beni dei quali non abbia avuto l'usufrutto, rimanendo tuttavia obbligato anche per gli altri a risarcire i danni che l'improvvida sua gestione avesse arrecati alla sostanza dei beni. Ma per quanto abbiam detto ci sembra chiaro che il conto debba necessariamente comprendere sì i beni usufruiti che quelli semplicemente amministrati dal genitore, poichè gli uni e gli altri sono effettivamente compresi nell'amministrazione. E in verità ci parrebbe troppo manifestamente inammissibile che il padre non dovesse, per esempio, render conto d'un'eredità nella quale fosse succeduto il figlio, per la ragione che il genitore stesso godeva dell'usufrutto dei beni componenti quell'eredità. Certo non dovrebbe render conto delle rendite, ma altrettanto evidentemente dovrebbe render conto della sostanza capitale, della proprietà di que' beni.

241. Mancando, come avvertimmo, qualunque disposizione espressa nel codice nostro intorno al rendimento de' conti dell'amministrazione legale tenuta dal genitore, quali saranno adunque le norme che dovranno osservarsi? Applicando qui pure le considerazioni generali che altrove esponemmo (1), ci sembra di poter ritenere senz'altro che nemmeno quanto al rendiconto definitivo possano estendersi per analogia a quest'amministrazione legale le regole speciali che la legge ha stabilite in ordine all'amministrazione tutoria; che siano da osservarsi soltanto i principii generali e comuni a qualunque amministratore de' beni altrui, e quelli particolari per gli amministratori de' beni di persone incapaci; che le disposizioni scritte nella legge su questa materia del rendiconto relativamente alla tutela

(1) V. sopra, n. 183, pag. 411 e seg.

possano essere utilmente consultate solo per que' punti nei quali non formino che l'esplicazione e l'applicazione dei principii comuni predetti. Con questo concetto direttivo reputiamo assai facile lo stabilire quali debbano essere le massime fondamentali da seguirsi per quanto concerne così le condizioni intrinseche come le forme estrinseche del rendiconto a cui il genitore è obbligato.

Quanto alle prime, potrebbe chiedersi, innanzi tutto, se debba valere anche per l'amministrazione legale paterna la massima stabilita nell'art. 304 del codice civile, secondo il quale: " Qualunque esenzione dall'obbligo di rendere il " conto definitivo . . . . . è di nessun effetto „.

Seguendo l'ordine di idee che abbiam creduto doversi adottare, tale questione si risolverebbe in quest'altra: la disposizione dell'art. 304 è particolare alla tutela, o non è che l'applicazione di un principio fondamentale comune a qualunque amministrazione de' beni d'un incapace? In questo senso non sembra potersi dubitar guari della risposta. L'obbligo di render conto di qualunque amministrazione esercitata per un incapace è guarentigia essenziale di quella responsabilità che la legge annette all'ufficio pubblico da essa conferito all'amministratore per la protezione dell'incapace medesimo. Quell'obbligo appartiene dunque essenzialmente all'ordine pubblico, come vi appartiene il mandato legale attribuito all'amministratore e la conseguente responsabilità di lui. Ora non essendo mai lecito derogare per disposizioni o convenzioni private alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico (art. 12 disposizioni preliminari), l'art. 304 non fa dunque che un'applicazione di questo principio fondamentale. Ciò basta per dover ritenere che un'identica massima debba valere anche quanto alla amministrazione legale del padre di famiglia.

Supposto pertanto, ad esempio, che taluno, disponendo per testamento a favore del figlio minore, avesse dispensato il padre dall'obbligo di render conto dell'amministrazione de' beni così lasciati, questa dispensa non potrebbe avere

efficacia legale. Potrebbe bensì il testatore legare al padre, amministratore legale, il *reliquato* che risultasse dal conto finale d'amministrazione: poichè ciò nulla conterrebbe di contrario all'ordine pubblico nè al buon costume. E secondo le circostanze particolari, e interpretando la presumibile intenzione del disponente, i giudici potrebbero anche ritenere che dispensando apparentemente il padre dall'obbligo di rendere il conto, egli non avesse in realtà voluto far altro che un legato a favore del padre stesso del reliquato che potesse risultare dal conto d'amministrazione. Interpretata in tal modo la disposizione si sosterrebbe; mentre sarebbe necessariamente nulla qualora dovesse considerarsi, giusta l'intenzione del testatore, come un vera dispensa dall'obbligo di rendere il conto.

Varrebbero massime simili anche pel caso che il figlio stesso, giunto a stato di capacità, rinunciasse a chiedere al padre il rendimento dei conti dell'amministrazione da lui tenuta? Non lo crediamo. L'amministrazione legale non può essere svincolata da quelle guarentigie che secondo la legge assicurano la responsabilità da essa imposta all'amministratore: ciò è d'ordine pubblico. Ma quando l'amministrazione legale è finita, quando l'amministrato ha acquistata piena capacità civile, l'esigere il rendimento del conto è di solo suo privato interesse, non d'ordine pubblico; e come egli potrebbe non chiedere il conto, così può anche rinunziare validamente a chiederlo. Vero è che altrettanto potrebbe dirsi di colui che uscito di tutela acquista perfetta capacità; e nondimeno non potrebbe a lui esser lecito di dispensare il tutore dal render conto, giacchè l'art. 307, § 2, espressamente stabilisce che “ nessuna convenzione tra il tutore ed il “ minore fatto maggiore può aver luogo prima della defi- “ nitiva approvazione del conto della tutela „. Ma questa è una disposizione eccezionale, che, come dimostreremo più avanti, non può estendersi all'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà. E per questa non restano

quindi che i principii generali, secondo i quali ci sembra non potersi ritener nullo l'atto col quale il figlio sciolto dalla patria potestà e divenuto pienamente capace rinunzi al diritto di chiedere al padre il conto della sua amministrazione.

Il rendiconto deve corrispondere completamente alla responsabilità che incombe al genitore verso il figlio per l'amministrazione legale da quello esercitata; la quale responsabilità si riferisce, come abbiamo osservato, alla sola proprietà nei beni de' quali il genitore aveva oltre l'amministrazione anche l'usufrutto, e comprende la proprietà e le rendite dei beni non usufruiti. Il conto, per essere perfettamente regolare, dovrà contenere, come d'ordinario, lo stato patrimoniale, le partite dell'esatto, le partite dello speso, i residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi (art. 320 cod. proc. civ.).

Dello *stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto* formerà base l'inventario che sia stato fatto. Dovrà aggiungersi tutto ciò che sia stato ricevuto dall'amministratore e non apparisca da inventario, i capitali riscossi, il prezzo dei beni venduti, ecc., nè l'amministratore potrebbe mai esimersi dal portare in conto tutto ciò che avesse ricevuto sotto il pretesto che non fosse dovuto all'amministrato (arg. art. 1747 cod. civ.). Di quanto non esistesse più nel patrimonio dovrebb'essere giustificato l'impiego. Si avrebbe pure a tener conto di quei capitali di cui l'amministratore medesimo fosse debitore e che avrebbe dovuto rimborsare durante l'amministrazione, e di quelli i quali fossero perduti per colpa di lui, che ne sarebbe responsabile verso l'amministrato non avendo adempita l'obbligazione che la legge gli imponeva di conservare colla diligenza di buon padre di famiglia la sostanza patrimoniale.

Nelle *partite dell'esatto* devono figurare i frutti e le rendite de' beni, gli interessi dei capitali impiegati, i risarcimenti di danni dovuti dall'amministratore.

Nelle *partite dello speso* si ammetteranno tutte le spese che siano *sufficientemente giustificate*, e siano dimostrate *utili* al minore, od almeno tali che l'amministratore abbia avuto facoltà di farle, secondo le norme che abbiamo a luogo opportuno accennate, e nell'incontrare le quali l'amministratore non abbia mancato alla debita diligenza di buon padre di famiglia (confr. art. 305, § 3, cod. civ.). Così non è da giudicare dell'ammissibilità delle spese col solo riguardo alla loro *utilità attuale*, ma tenendo conto del tempo e delle circostanze in cui quelle spese furono sostenute, e prendendo norma da ciò che ogni amministratore di ordinaria prudenza e diligenza avrebbe fatto. Quanto poi alla giustificazione, non può riguardarsi come necessario sempre ch'essa si produca con *prove scritte;* ma quelle spese delle quali non si può o non si suole riportare ricevuta dovrebbero reputarsi *sufficientemente giustificate* qualora apparissero *verosimili e ragionevoli* (art. 324 cod. proc. civ.).

Neppure per la forma esteriore del rendiconto essendo data dalla legge nessuna disposizione speciale, sarà ancora qui necessario di riferirsi alle regole comuni. Se dunque il conto sia chiesto e reso in giustizia sono da osservarsi le norme generali prescritte dagli articoli 319 al 328 del codice di procedura civile. Ma qualora le parti procedano d'accordo, il conto può esser dato amichevolmente, con quell'atto e quella forma che le parti medesime stimino più conveniente.

Le spese del conto debbono stare a carico del minore. È questa una massima dichiarata nell'art. 305, § 2, in rapporto al rendiconto tutelare; ma che è applicabile anche qui, poichè non costituisce una disposizione particolare per la tutela, ed è la semplice applicazione del principio generale secondo cui le spese di un atto devono essere sostenute dalla persona che v'ha interesse: essendo evidente che è il minore interessato nell'amministrazione di cui si rende conto. Ma si dovrà ritenere parimente che

quelle spese debbano essere *anticipate* dal cessante amministratore o dai suoi eredi, come l'art. 305, § 2, impone tale anticipazione al tutore? Lo pensiamo, perchè anche questo ci sembra doversi considerare come un principio generale, e non come una disposizione speciale per la tutela. Il render conto non è che una conseguenza dell'amministrazione di cui debbonsi dimostrare i risultati, e sotto questo aspetto fa parte integrante di essa e ne costituisce l'atto finale. È dall'amministrazione stessa che devono trarsi possibilmente i mezzi per provvedere all'onere che l'amministrato ha di quelle spese; e finchè il conto non sia approvato, non constando se l'amministrato sia in credito o in debito verso l'amministratore, è naturale che intanto spetti a quest'ultimo l'anticipare le spese stesse, salvo rimborso se ne sia il caso.

242. A chi dev'essere presentato il conto e da chi e con quali condizioni può essere approvato liberando definitivamente l'amministratore? Il quesito, nella prima sua parte, non può incontrare, per quanto a noi sembri, nessuna grave difficoltà, nè pel principio che debba servire a risolverlo, nè per le applicazioni di esso.

Il principio direttivo è evidentissimo: il conto dev'essere reso a chi vi ha interesse, cioè all'amministrato medesimo, od a chi legittimamente lo rappresenti, se egli sia morto o sia ancora in tale stato d'incapacità da non permettergli di operare personalmente negli atti della sua vita civile.

Se dunque la patria potestà e con essa l'amministrazione legale sia cessata per l'età maggiore o per l'emancipazione del figlio, a lui medesimo dovrà rendersi il conto. Se il figlio muore, il conto deve ancora esser dato a chi consucceda col padre nella eredità del figlio. Se la patria potestà sia cessata nel padre per condanna penale, o se il padre sia morto o dichiarato assente, la madre superstite e capace, alla quale passa l'esercizio della patria

potestà stessa, riceverà il conto dal padre — e per lui dal tutore che lo rappresenta siccome interdetto legalmente per effetto della condanna penale — o dagli eredi del padre medesimo, se è morto, o dagli immessi in possesso dei di lui beni, se è assente. Se in questi medesimi casi, essendo la madre stessa premorta, o dichiarata assente, o incorsa per effetto di condanna penale nella perdita della patria potestà, siasi aperta — a termini dell'art. 241 — la tutela, sarà il tutore che riceverà il conto dai legittimi rappresentanti del padre. Se in fine, senza che sia cessata veramente la patria potestà nel padre, sia però egli stato privato, per commessi abusi, dell'amministrazione, che il tribunale abbia deferito — secondo il disposto dell'art. 233 — ad un curatore, sarà a quest'ultimo, come legittimo rappresentante del figlio, in tutto ciò che riguarda l'amministrazione dei beni di lui, che il conto dovrà essere reso.

Neppure sulla seconda parte del proposto quesito potrebbesi esitare molto, per quanto è dei principii fondamentali che abbiano a seguirsi. Il ricevere il conto non sarebbe per sè veramente nulla più di un atto d'amministrazione; ma l'approvazione del conto medesimo, e la conseguente liberazione definitiva dell'amministratore, è manifestamente un *atto di disposizione*, quantunque indiretta; poichè si viene con ciò implicitamente a rinunziare a qualunque ulteriore contestazione sulle addotte giustificazioni delle partite dell'esatto e dello speso, non che della perdita di capitali, od altre sostanze patrimoniali, o del modo in cui i valori capitali siano stati rinvestiti, e rimangono solo proponibili azioni separate per gli *errori*, le *omissioni*, le *falsità* o le *duplicazioni* di partite in cui si fosse incorso (art. 327 cod. proc. civ.); col che si possono sagrificare importanti interessi riguardanti la sostanza patrimoniale dell'amministrato. Ne segue dunque che se chi riceve il conto non abbia capacità per fare atti che eccedano la semplice amministrazione, non possa nep-

pure, approvandolo, liberare efficacemente l'amministratore, se non siansi adempite quelle condizioni e formalità abilitanti, colle quali la legge gli permetta di fare anche atti di disposizione. Certamente nessuna speciale formalità abilitante potrebbesi reputare necessaria pel caso in cui il conto fosse chiesto e reso in giustizia; chè allora l'osservanza delle disposizioni generali del codice di procedura civile (art. 319-328) basterebbe per tutto, e l'approvazione del conto emessa dal giudice delegato quando le parti fossero d'accordo, o la decisione pronunziata dal tribunale in caso di contestazione non potrebbe mancare di piena efficacia. Ma se invece il conto sia dato ed approvato in modo amichevole, par certo doversi osservare l'accennata massima, che cioè quell'approvazione non possa produrre l'effetto legale di liberare validamente l'amministratore, se non quando chi riceve il conto abbia capacità per gli atti civili anche eccedenti la semplice amministrazione, od abbia adempite le formalità necessarie per la validità di tali atti. Quantunque però il principio sembri chiaro e certo, non disconosciamo i dubbi possibili in alcune delle sue applicazioni.

Cominciamo dal caso che parrebbe il più semplice: quello che la patria potestà sia cessata per la maggiore età del figlio. Essendo questi allora pienamente capace, sembrerebbe non doversi dubitare della piena validità dell'atto, con cui egli approvasse il conto presentato dal padre. Ma sorge una obbiezione da quanto è disposto nell'art. 307, § 1, in ordine alla tutela. Ivi è scritto: " Se " la tutela cessi per la maggiore età dell'amministrato, il " conto sarà reso all'amministrato medesimo; ma *il tutore* " *non sarà efficacemente liberato, se l'amministrato non sarà* " *stato assistito nell'esame del conto dal protutore o da* " *quell'altra persona che, in mancanza del protutore, sarà* " *stata designata dal pretore* ".

Qualche autore ha pensato che una norma simile debba *congruamente* applicarsi pel rendiconto dato dal padre al

figlio divenuto maggiore. “ Non si parlerà — si è detto — “ della revisione di un protutore, che non esiste „ ; ma il conto dovrà essere riveduto da un *curatore speciale* nominato dal tribunale ad istanza del figlio. Nel rendimento del conto “ formandosi per la natura delle cose una opposizione di interessi, che potrebbe anche trascorrere al “ conflitto, ciò basta affinchè sia nominato al figlio un “ rappresentante *ad hoc*, giusta l'art. 224; disposizione “ che essendo guarentigia di moralità deve ritenersi rispetto eziandio all'amministrazione legale. E quantunque “ l'articolo 224 accenni alla patria potestà in guisa che “ sembra codesto curatore nominarsi finchè il figlio vi “ sia soggetto, e la nostra ipotesi lo fa maggiore di età o “ emancipato, egli è pur vero che sino all'approvazione “ del conto durano quei rapporti che consigliarono d'interporre fra padre e figlio, i cui interessi si sono fatti “ divergenti, la persona del curatore, non esistendo altra “ legale rappresentanza „ (1).

Ora, è veramente indubitabile che l'art. 224, § 3, non si riferisce ad altro che ad un conflitto di interessi nato tra padre e figlio *nell'esercizio dell'amministrazione dipendente dalla patria potestà*. Basta per doversene convincere la semplice lettura di quella disposizione. Coll'estenderla a quella opposizione di interessi che si verifica — com'è incontestabile — nel rendimento del conto ad amministrazione finita, non solo si uscirebbe dai termini della legge, ma si creerebbe una massima abnorme, poichè è veramente fuori d'ogni regola che si dia un curatore a chi è maggiore di età e non è soggetto a nessuna causa legale d'incapacità. È verissimo che l'articolo 307 stabilisce che chi è uscito di tutela debba essere assistito, nell'esame del conto presentato dal tutore, da una persona che il pretore deve designare in mancanza del protutore. Ma questa pure è una disposizione eccezionale,

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 224-226, vol. I, § 522, pag. 821.

che non potrebbesi estendere senza cadere nell'arbitrario. Ci parve abbastanza dimostrato che nessuna delle regole speciali della tutela è applicabile alla patria potestà; la quale è retta nella nostra legislazione, anche per ciò che riguarda l'amministrazione dei beni del figlio, da un sistema completo di norme particolari, in cui se mai si riscontri qualche difetto è da ricorrere unicamente ai principii comuni per ogni amministrazione dei beni altrui (1). E se anche fosse vero che le stesse ragioni, per le quali fu dettata la disposizione dell'art. 307, fossero perfettamente applicabili al rendiconto dell'amministrazione legale del genitore, potremmo ancora rispondere col ridetto principio, e rammentando che il fondarsi unicamente sui motivi che potrebbero giustificare una massima per ritenerla vigente, non è interpretare ma creare la legge, e ciò tanto meno può esser lecito trattandosi di una disposizione che ha, come abbiam detto, carattere di eccezione ai principii generali. Senonchè pensiamo inoltre che l'addotta parità di motivi non possa sostenersi con buon fondamento. L'intervento d'un curatore speciale è — si dice — una *guarentigia di moralità*. Nel caso dell'art. 307 ci sembra doversi dire piuttosto che quella è una *guarentigia contro gli abusi che potrebbe fare il cessato tutore della propria influenza sulla persona che fu fino allora soggetta all'autorità sua*. Tali abusi erano forse ugualmente temibili da parte del genitore? Si doveva contare per nulla la guarentigia morale che offriva l'affetto paterno, a fronte del tutore che può essere un estraneo? E non era giusto il riguardo di non intrudere una persona estranea, un curatore speciale nella discussione di interessi di famiglia, di non impedire al figlio, divenuto pienamente capace per tutti gli atti della vita civile, di poter fare da sè i proprii conti col padre, e liberarlo definitivamente dalla responsabilità dell' amministrazione

(1) V. sopra, n. 183, pag. 411-416.

per lui tenuta? Ma, prescindendo anche da tali considerazioni, che pur ci sembrano di qualche peso, noi insistiamo in questa principalmente: che l'articolo 307, § 3, riguarda unicamente l'esercizio dell'amministrazione, e non può essere applicabile al rendiconto da darsi ad amministrazione finita; che l'articolo 307 recando una disposizione speciale per la tutela non può estendersi alla patria potestà; e che un' eccezione, quale sarebbe quella di sottoporre una persona divenuta perfettamente capace per tutti gli atti della vita civile alla necessità dell'assistenza altrui per poter fare validamente quello di approvare il conto reso dall'amministratore legale, non potrebb'essere stabilita che dalla legge, e nel silenzio di questa non può esser lecito di introdurla per interpretazione.

Nel caso che la patria potestà sia cessata per l'emancipazione del figlio, non vi è dubbio possibile. L'art. 316 cod. civ. dispone espressamente:

" Il conto della precedente amministrazione sarà reso " al minore emancipato assistito dal suo curatore, e *se* " *questo è quel medesimo che deve rendere il conto, il con-* " *siglio di famiglia o di tutela nominerà un curatore* spe- " ciale ". E siccome curatore del figlio che è sciolto dalla patria potestà per effetto dell'emancipazione di diritto o formale, è appunto il genitore che esercitava la patria potestà (art. 314, § 2, 315 cod. civ.), così sarà da un *curatore speciale* nominato dal consiglio di famiglia che il figlio dovrà essere assistito nell'esame e nell'approvazione del conto reso dal genitore per la precedente amministrazione. Sembra poi non doversi dubitare che l'emancipato assistito dal curatore speciale possa ricevere in modo amichevole il conto, e approvandolo liberare efficacemente l'amministratore legale. Vero è che quest'atto di approvazione e liberazione dovrebb'essere considerato — almeno così parve a noi — come eccedente, per la natura e gli effetti suoi, la semplice amministrazione; e

che il codice nostro, dopo avere ammesso nell'art. 318 che l'emancipato possa colla sola assistenza del curatore *riscuotere i capitali sotto condizione d'idoneo impiego* e *stare in giudizio sia come attore sia come convenuto*, stabilisce poi nel successivo art. 319 che: “ *Per tutti gli altri atti* “ *eccedenti la semplice amministrazione, oltre il consenso* “ *del curatore è necessaria l'autorizzazione del consiglio di* “ *famiglia* „. Ma ci sembra evidente che tra questi atti il legislatore non potè avere intenzione di comprendere quello di approvazione del conto dell'anteriore amministrazione, pel quale avea fatta una disposizione a parte nel precedente articolo 316. E poichè in questa disposizione è stabilita come unica formalità abilitante pel minore emancipato l'*assistenza del curatore*, sarebbe dunque arbitrario ed opposto agli intendimenti del legislatore aggiungervi l' altra dell' *autorizzazione del consiglio di famiglia*.

Supponiamo ora che essendo morto il figlio succedano a lui, insieme al padre che ha esercitata la patria potestà, la madre, o fratelli o sorelle o loro discendenti (art. 738, 740 cod. civ.) o eredi testamentari istituiti dal figlio, che avesse compiuta l'età di diciotto anni (art. 763, n. 1 e 807 cod. civ.). Questi eredi del figlio, ai quali il padre dovrà indubbiamente rendere il conto della propria amministrazione, potranno approvarlo, e liberare validamente l'amministratore, se giusta le norme comuni abbiano piena capacità agli atti della vita civile; in caso diverso dovranno essi od i loro rappresentanti legittimi adempiere quelle formalità abilitanti che siano loro imposte dalla legge per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Veniamo al quarto caso. È passato alla madre l'esercizio della patria potestà, della quale il padre è rimasto privo per condanna penale, o il padre è morto o dichiarato assente. Il conto dell'amministrazione del padre, che dovrà esser reso da chi lo rappresenta legittimamente, dal tutore cioè o dagli eredi o dagl'immessi in possesso dei di lui beni,

non potrebb'essere validamente approvato dalla madre — secondo i principii fondamentali che abbiamo premessi — se non *coll'autorizzazione del tribunale civile*, trattandosi di un atto che non dovrebbesi considerare di semplice amministrazione, poichè può arrecare almeno indirettamente una disposizione di beni. V'è un'autorevolissima opinione in contrario. " In questo caso — fu detto — non incon- " trasi la impossibilità di interessi che darebbe luogo " all'intermezzo di un curatore *ad hoc*, e la *madre ha tutti i* " *poteri per approvare il conto definitivamente* „ (1). A noi però sta sempre in mente la considerazione che l'accordare liberazione al cessato amministratore non possa riguardarsi come *atto di amministrazione semplice:* e se non errammo in questo concetto, sarebbe irrecusabile l'applicabilità dell'art. 224, § 2, che vieta in generale al genitore esercente la patria potestà di fare *qualunque atto eccedente i limiti della semplice amministrazione* se non *mediante l'autorizzazione del tribunale civile*. Nè crederemmo potersi obbiettare che approvando il conto la madre assumerebbe sopra di sè la responsabilità anche della precedente amministrazione, di modo che l'interesse del figlio rimarrebbe ugualmente guarentito. Dubiteremmo assai che questa massima potesse così assolutamente sostenersi. Ammesso che la madre avesse facoltà di approvare definitivamente di autorità propria il conto della precedente amministrazione paterna, basterebbe che ella avesse impiegata nell'esame di quel conto l'ordinaria diligenza d'un buon padre di famiglia, perchè dovesse esser libera da qualunque responsabilità, nonostantechè il conto approvato fosse realmente in qualche parte pregiudizievole all'interesse del figlio. Ma se pure potessero rivolgersi contro la madre, che avesse approvato il conto, tutte quelle azioni che avrebbero potuto essere esercitate contro il patrimonio del padre, par chiaro ad ogni modo che il privare il figlio di queste azioni contro

---

(1) V. Borsari, l. c.

tale patrimonio, il sostituirvi la responsabilità della madre, che potrebbe anch'essere meno solvibile, non possa riguardarsi come atto di semplice amministrazione. Reputeremmo dunque più sicuro per la valida approvazione del conto, per l'efficace liberazione del padre o dell'eredità di lui, il chiedere l'autorizzazione del tribunale civile.

Se l'esercizio della patria potestà estinta nel padre non passi àlla madre, ma siasi aperta, a norma dell'art. 241, la tutela del figlio, le regole della tutela — dice il *Borsari* — avranno compiuta applicazione. E ciò è giustissimo, e pienamente conforme ai principii che avremmo stabiliti come fondamentali. Il tutore, che come rappresentante del figlio riceve il conto della precedente amministrazione paterna, non può però approvarlo e liberare l'amministratore o chi ne rappresenta e continua giuridicamente la persona, se non adempiendo quelle condizioni e formalità che gli sono imposte in generale per gli atti eccedenti la semplice amministrazione, cioè riportando l'*autorizzazione del consiglio di famiglia* (art. 296 cod. civ.). La deliberazione di questo consiglio non sarà però soggetta all'omologazione del tribunale, perchè questa è una formalità eccezionale, non prescritta che per alcuni tra gli atti di disposizione, tassativamente enunciati nell'articolo 301. Tutto ciò trova d'altronde piena conferma nell'altra disposizione dell'articolo 306, dove parlandosi del conto da rendersi da un tutore cessante a quello che gli succeda, è detto che “ il “ rendimento del conto sarà però definitivo, salvo che “ intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia „. Trattandosi dell'approvazione del conto d'una precedente amministrazione, è manifesto come le facoltà di chi riceve il conto non possano differire per la diversa qualità che avesse il precedente amministratore, perchè fosse il genitore che esercitava la patria potestà, piuttostochè un altro tutore.

Non ci resta che un'ultima ipotesi da esaminare; quella cioè che l'amministrazione legale sia cessata per provvedimento dato dal tribunale, a norma dell'art. 233, in causa

di abusi commessi dal padre. Che anche in tal caso debba questi rendere il conto dell'amministrazione da lui tenuta, è evidentissimo; chè anzi vi sarebbero maggiori motivi di esigerlo rigorosamente, appunto per la mala amministrazione che avrebbe dato causa a privare il genitore di questo attributo della patria potestà. La legge però non ha sottoposto il curatore, che naturalmente deve rappresentare il figlio nel ricevere il conto, a speciali formalità abilitanti. Diremo per questo che nessuna ne sia veramente necessaria, e basti l'approvazione del conto data dal curatore per liberare efficacemente l'amministratore legale? Duremmo fatica a crederlo. Pensiamo che nell'amplissima facoltà lasciata al tribunale dall'art. 233, di *dare tutti quei provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse del figlio*, possa comprendersi anche lo stabilire norme speciali pel rendiconto dell'amministrazione paterna da riceversi dal curatore. Ma se nulla di particolare fosse stato disposto intorno a ciò, siccome il curatore non può avere facoltà maggiori di quelle consentite dalla legge al genitore, a cui è sostituito nell'amministrazione de' beni del figlio; siccome il genitore stesso non può fare nessun atto che ecceda i limiti della semplice amministrazione senza esservi autorizzato dal tribunale civile; siccome l'approvare il conto del precedente amministratore, liberandolo efficacemente, non può considerarsi, se non erriamo, come atto di semplice amministrazione ordinaria; reputeremmo quindi indispensabile che l'approvazione del conto da parte del curatore fosse autorizzata dal tribunale.

243. Nel secondo paragrafo dell'articolo 307, che già abbiamo avuto occasione di citare, è stabilito che " nessuna convenzione tra il tutore ed il minore fatto maggiore può aver luogo prima della definitiva approvazione del conto della tutela ". E questa massima si collega naturalmente coll'altra a cui fa seguito nel medesimo articolo, ed è ispirata da motivi analoghi. Si è temuta l'influ-

enza che il tutore potrebbe esercitare sul minore sciolto allora dalla sua autorità, per indurlo — mentre tuttavia ignora i risultati dell'amministrazione, della quale si suppone non ancora approvato il conto — a fare convenzioni che possano riuscirgli dannose. È in sostanza una *presunzione di dolo*, su cui viene a fondarsi questa disposizione; della quale perciò anche sotto tale aspetto non può dubitarsi che assuma carattere di eccezione, poichè non è certamente di regola che il dolo si presuma; oltrechè è pure fuor di dubbio eccezionale questa disposizione in quanto limita, relativamente alle convenzioni col tutore, la capacità del minore fatto maggiore, capacità che è pienissima in lui per ogni altro atto della vita civile; e in quanto arreca quindi la nullità di contratti che fra tutt'altre persone sarebbero validi.

Quando dunque si chiede se, a norma dell'art. 307, § 2, anche chi è uscito di patria potestà per essere divenuto maggiorenne non possa fare nessuna convenzione col genitore, che gli fu amministrator legale, prima che sia definitivamente approvato il conto dell'amministrazione; la risposta non può, secondo noi, esser tarda nè incerta. Quella disposizione è eccezionale sotto più aspetti. Scritta unicamente per la tutela, non ripetuta nel titolo della patria potestà, non potrebb'essere estesa a questa, neppur quando vi fosse perfetta identità di motivi. Ma poi possiamo aggiungere, per le stesse considerazioni esposte nel numero precedente circa la prima parte di questo medesimo art. 307, che l'analogia tra i due casi veramente non sussiste. Non erano giustificabili verso il padre quelle diffidenze, quei sospetti di dolo, che motivarono la proibizione fatta nell'art. 307 relativamente al tutore. Era anzi ragionevole, era conveniente nell'interesse delle famiglie il non porre nessun ostacolo a quelle convenzioni, colle quali, anche prima che fosse definitivamente approvato il conto della amministrazione paterna, si tendesse a preparare una sistemazione dei rapporti tra padre e figlio.

Il *Borsari*, che già aveva ritenuta applicabile anche alla amministrazione dipendente dalla patria potestà la prima parte dell'art. 307, è stato coerente sostenendo altrettanto per la seconda (1). Egli l'ha fatto però in modo dubitativo, citando la dottrina francese, che per verità era concorde per la massima opposta (2). E crediamo sia degno d'osservazione che quegli autori stessi, i quali erano stati d'avviso che in mancanza d'altre norme circa l'amministrazione legale dipendente dalla patria potestà — giacchè, come sappiamo, nessuna ne era stabilita nel codice francese — dovessero applicarsi quelle che erano state determinate per la tutela, riconoscevano non potersi estendere al padre la proibizione che la legge avea fatta al tutore di contrattare col minore divenuto maggiore prima che fosse reso il conto dell'amministrazione; perchè — dicevano — questa proibizione non riguardava punto l'amministrazione, mentre aveva effetto solo quando essa fosse finita; perchè era una disposizione esorbitante dal diritto comune e produceva la nullità di contratti i quali sarebbero stati validi fra tutt'altre persone; perchè, in fine non v'era nemmeno un'assoluta e perfetta analogia, essendo generalmente assai meno difficili e complicati i conti resi dal padre per l'amministrazione del figlio — il quale ben di rado ha un patrimonio considerevole — che i conti d'un'amministrazione tutelare.

Il *Borsari*, riconoscendo queste ragioni come assai apprezzabili, sostiene tuttavia che debb'essere proibito anche al padre di far contratti col figlio prima che il conto dell'amministrazione legale sia stato definitivamente approvato, perchè dice che *ciò è molto morale*. A noi veramente parvero dimostrate ragioni abbastanza gravi di differenza, a questo proposito, tra il tutore e il padre di famiglia. Ma quando pure dovesse ammettersi che fossero pari le ragioni di una tale proibizione sì pel padre che pel tutore, ci par-

---

(1) V. Borsari, l. c., pag. 821.

(2) V. Demolombe, t. VI, n. 455; Aubry et Rau, t. I, § 123, n. 48-49; Laurent, t. IV, n. 318.

rebbe che spettasse al legislatore il tenerne conto in una riforma legislativa, non all'interprete il valersene per estendere una disposizione eccezionale, per creare una causa d'incapacità personale e di nullità di atti che dalla legge non è dichiarata; tanto più nella legislazione nostra, che ha stabilito tutto un sistema particolare di regole per la amministrazione legale dei beni del figlio soggetto a patria potestà, e non vi ha scritto parola che accenni ad una proibizione simile a quella che ha pronunciata nell'art. 307, § 2, relativamente alle convenzioni tra il tutore ed il minore divenuto maggiore, che siano fatte prima della definitiva approvazione del conto della tutela.

244. — " La somma a cui ascenderà il residuo debito " del tutore produrrà interesse dal giorno della ultima- " zione del conto senza che occorra di farne la domanda „ (art. 308 cod. civ.).

È questa pure una disposizione evidentemente eccezionale, poichè deroga al principio che gl'*interessi moratorii* non sono dovuti se non *dal giorno della costituzione in mora* (art. 1231 cod. civ.). Perciò tutti sono d'accordo nell'ammettere che la predetta disposizione non possa valere per l'amministrazione legale del padre, il quale debba gl'interessi sul reliquato risultante dal conto da lui reso, solo a partire dal giorno in cui sia stato costituito in mora pel pagamento di tale reliquato (1). Quando però si trattasse di somme che il padre avesse *impiegate a proprio uso*, decorrebbero su di esse gl'interessi a favore del figlio *dalla data del fattone impiego;* tale essendo la regola che l'art. 1750 cod. civ. stabilisce pel mandatario, ed essendo certo d'altronde che il genitore, da cui sono amministrati i beni del figlio soggetto alla sua potestà, non è altro che un *mandatario legale*, al quale perciò i principii comuni del mandato non possono mancare di applicarsi.

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 456; Aubry et Rau, l. c., n. 50; Laurent, t. IV n. 319. pag. 420.

245. — Ad un'altra questione può dar motivo ciò che è disposto nell'art. 309 del cod. civ.: " Le azioni del " minore contro il tutore o il protutore, e quelle del tutore " verso il minore relative alla tutela si prescrivono in *dieci* " *anni* computabili dal giorno della maggiore età o della " morte dell'amministrato, senza pregiudizio però delle " disposizioni relative all'interruzione e sospensione del " corso delle prescrizioni. La prescrizione stabilita da questo " articolo non si applica all'azione pel pagamento del re- " siduo risultante dal conto definitivo ".

Sarebbe impossibile disconoscere il carattere eccezionale di questa disposizione, la quale deroga al principio generale secondo cui " tutte le azioni tanto reali quanto per- " sonali si prescrivono col decorso di trent'anni " (art. 2135 cod. civ.). Epperò gli autori sono generalmente d'accordo nel professare la inapplicabilità di questa speciale prescrizione alle azioni del minore contro il genitore che ebbe l'amministrazione legale dei suoi beni, e alle azioni di questo contro quello (1). Non è però di questo avviso il *Borsari*, il quale osserva che la prescrizione di dieci anni è favorevole all'amministratore; che lo spingersi fino alla prescrizione dei trent'anni renderebbe assai deteriore la condizione del padre a fronte del tutore; che dieci anni sono più che sufficienti (2). Anche qui ci sembra che il ragionamento varrebbe, in ogni caso, pel diritto costituendo; ma non può adottarsi per estendere una legge eccezionale ad una materia diversa da quella per la quale è scritta. Al *Laurent* è sembrato che in favore del padre possa anzi invocarsi un argomento *a fortiori*. " L'amministrazione legale — ha egli " detto — è più favorevole che la tutela. Dunque se il mi- " nore non può più agire contro il suo tutore dopo dieci " anni, a maggior ragione non dev'egli aver più azione

---

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. VII, pag. 282, n. (*a*) obs. II; Demolombe, t. VI, n. 457; Aubry et Rau, l. c., n. 51; Laurent, t. IV, n. 319.
(2) V. Borsari, l. c., pag. 822.

“ contro il padre. Egli è certo che *il legislatore avrebbe*
“ *dovuto applicare questa disposizione al padre amministra-*
“ *tore*. Ma egli non l'ha fatto — così conchiude poi il ce-
“ lebre scrittore — *e per nessuna specie di argomentazione*
“ *può mai esser lecito all'interprete lo estendere una eccezione*
“ *contro il diritto comune* „.

Crediamo incontrastabile questa conchiusione anche per chi divida l'opinione dell'autore intorno a ciò che dovrebbe disporre la legge su questo argomento. Ma ci sembra inoltre erronea quell'opinione, e reputiamo giuste le osservazioni fatte in contrario dagli altri autori sopra citati. In qual senso infatti è vero ciò che dice il *Laurent*, che l'*amministrazione legale è più favorevole della tutela?* Nel senso soltanto che contro il padre non sono adottate dalla legge quelle cautele ch'essa ha prese contro il tutore, e fra l'altro non è quello tenuto al par di questo a dare cauzione, non ha gravati d'ipoteca i propri beni. Ora, poteva mai scorgersi in ciò un motivo per abbreviare a danno del minore la prescrizione estintiva delle azioni ch'egli può avere da esercitare contro il proprio amministratore legale? Tutt'al contrario; perocchè maggiore è il bisogno del figlio di avere un più largo tempo per poter esercitare in momento utile le azioni che non sono cautelate in suo favore dalla legge con guarentigie speciali; e minore è il danno del padre di rimanere esposto più lungamente a quelle azioni, poichè i beni suoi non sono soggetti per esse a nessun vincolo reale di guarentia. E il padre, che non è sottoposto agli oneri del tutore, non ha correlativamente ragione di pretendere ai benefizi eccezionali che la legge concede a quest'ultimo.

D'altra parte anche guardando la cosa sotto il più elevato aspetto morale dell'armonia domestica, non sarebbe stato prudente lo spingere il figlio, coll'imporgli una breve prescrizione, a dover affrontare il risentimento del genitore e turbare i buoni rapporti con lui costringendolo a rendere i conti, per non incorrere nella prescrizione decennale; mentre

il lungo tempo della ordinaria prescrizione trentennaria gli lascia tutto l'agio per poter evitare di offendere il proprio genitore senza tuttavia pregiudicare ai propri interessi, e spesso gli permette di non molestare il genitore stesso riservandosi però illesi i propri diritti verso la eredità di lui. Stimiamo vero ciò che dissero i signori Aubry e Rau; che cioè la breve prescrizione di dieci anni non può essere applicabile alle azioni del figlio relativamente all'amministrazione legale paterna, non solo perchè la disposizione, che stabilisce quella più breve prescrizione, è *eccezionale*, ma eziandio perchè " i motivi che l'hanno fatta introdurre a " vantaggio del tutore, si oppongono a poterla estendere " al padre come amministratore legale ".

Ogni azione del minore contro il genitore che tenne l'amministrazione legale, ed ogni azione del genitore verso il minore dipendentemente dall'amministrazione stessa, non può dunque ritenersi soggetta ad altra prescrizione estintiva che l'ordinaria di trent'anni, a norma dell'art. 2135 codice civile.

§ II. — *Dell'usufrutto legale sui beni dei figli soggetti a patria potestà.*

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 246. Origine e fondamento dell'usufrutto legale. — 247. Principali caratteri giuridici di esso. — 248. Se tra tali caratteri sia da comprendersi anche quello della *universalità di diritto*. — 249. Se il genitore, al quale l'usufrutto è attribuito, possa validamente rinunziarvi. — 250. Se l'usufrutto medesimo possa formare oggetto di cessione in favore di un terzo. — 251. Se i creditori del genitore possano esercitare su tale usufrutto i loro diritti. — 252. Partizione della materia.

246. Già notammo che le legislazioni le quali avean vigore in Italia prima del codice attuale — eccettuata l'austriaca — ammettevano, sull'esempio del codice Napoleone, in favore del genitore, a cui spettasse l'esercizio della patria potestà, il diritto di usufrutto legale sui beni

de' figli che vi fossero soggetti; salvochè le norme colle quali quel diritto era regolato differivano in parecchi punti importanti (1).

Nei progetti ministeriale e senatorio non si pose dubbio sulla convenienza di conservare questa istituzione.

" Non occorre di accennare — così disse il ministro " nella sua relazione — l'origine storica dell'usufrutto " legale dei genitori sui beni avventizi dei figli, nè esporre " le ragioni per cui *esso è considerato qual correspettivo delle* " *cure che i genitori prestano alla prole;* basti il dire che " tale usufrutto è ammesso da tutte le legislazioni vigenti " in Italia, esclusa l'austriaca „ (2).

Il principio fu accolto per quella stessa considerazione dalla commissione del Senato (3).

Nella commissione coordinatrice fu espresso da alcuni commissari l'avviso che l'usufrutto attribuito al genitore sui beni avventizi dei figli fosse da abolirsi; e se gli onorevoli professanti questa opinione non ne facevano oggetto d'una proposta formale, era solo pel dubbio che potessero ostarvi i limiti delle facoltà concedute al governo dall'articolo 2 della legge 2 aprile 1865. Vi fu per altro chi osservò: " che qualunque possa essere il motivo su cui i Romani e " gli altri popoli antichi fondavano il diritto di usufrutto " di cui si tratta, egli è certo che la civiltà e i popoli mo- " derni lo conservano per ben altro motivo, cioè *per non* " *sottoporre il padre all'obbligo di tenere un conto dei redditi* " *dei beni dei proprii figli* e delle spese fatte per loro, e per " non obbligarlo a presentare poi ad essi quel conto alla " maggiore età o alla emancipazione, e vederne discutere " gli articoli uno ad uno, la qual cosa, oltre di umiliare il " padre e scemare la sua autorità e il rispetto dovutogli, " potrebbe essere causa di dissidi e di danni pei figli mede- " simi; per evitare queste dannose conseguenze, è assai

(1) V. sopra, n. 145, pag. 308.
(2) V. Relaz. ministeriale, pag. 21.
(3) V. Relaz. Vigliani, pag. 73.

" meglio confidare nella giustizia e nell'affetto del padre
" verso i proprii figli „ (1).

Se queste considerazioni meritassero veramente tutto il valore che una lunga abitudine aveva ad esse attribuito, è ciò che esamineremo fra poco parlando del fondamento giuridico di questo usufrutto legale. Limitandoci per ora a ciò che riguarda l'origine di esso, reputiamo non inopportuno l'osservare come a torto, se non erriamo, siasi creduto da qualche autore di potervi scorgere conservate le tradizioni del diritto comune circa la distinzione de' *peculii*. Si è ravvisata una specie di *peculio avventizio ordinario* ne' beni, dei quali spettando la proprietà al figlio n'è attribuito l'usufrutto al genitore esercente la patria potestà; di *peculio avventizio straordinario* ne' beni eccettuati dall'usufrutto legale, e indicati ne' primi tre numeri dell'articolo 229; di *peculio castrense* e *quasi castrense* in quelli accennati nel n. 4 del medesimo articolo; di *peculio profettizio* ne' beni che il padre avesse affidati al figlio per esercitare un'*industria non separata* da quella del padre stesso (2). Ora, se non possiamo disconoscere che vi è analogia in ciò che riguarda la provenienza dei beni formanti, secondo le leggi romane, i ricordati peculii, e dei beni collocati distintamente dal codice nostro nelle accennate categorie, crediamo per altra parte che qualunque analogia manchi affatto in ciò che concerne i principii direttivi, lo spirito che informa la legislazione attuale in confronto dell'antica. In diritto romano le istituzioni de' peculii furono altrettante limitazioni successivamente fatte alla primitiva massima di rigore, secondo la quale i diritti patrimoniali risiedevano esclusivamente nel padre di famiglia, e le persone da lui dipendenti non ne potevano avere di proprii, epperò non acquistavano per se, ma pel padre. Nonostantechè in forza di queste concessioni, e secondo lo stato ultimo del diritto

---

(1) V. Proc. verb., n. 14, § IV, pag. 152-153.
(2) V. Doveri, *Ist. di dir. rom.*, vol. I, § 132, nota, pag. 252.

Giustinianeo, potesse dirsi invertita la regola primitiva — perchè il padre di famiglia non acquistava più col mezzo del figlio se non ciò che quest'ultimo ottenesse *ex substantia patris*, e tutto quanto provenisse da altra causa apparteneva al figlio, in piena proprietà quanto al *peculio castrense* o *quasi-castrense*, e in nuda proprietà solamente quanto al *peculio avventizio* — pure non iscomparve del tutto ogni traccia dell'antico principio. Ad esso era derogato pel *peculio castrense*, ma a solo benefizio del figlio; sicchè in caso di confisca de' beni di quest'ultimo, il padre acquistava la proprietà del predetto peculio, e se il figlio ripudiasse una eredità lasciatagli per occasione di servizio militare, il padre poteva acquistarla per sè. Vi era derogato ancora pel *peculio avventizio*, ma senza che il figlio fosse considerato rispetto ad esso come padre di famiglia, sicchè non avrebbe potuto per testamento disporre di tale peculio. Al contrario secondo la nostra legislazione i diritti spettanti al figlio soggetto a patria potestà, su tutti i beni formanti parte del suo patrimonio, sono per principio fondamentale gli ordinari della proprietà; e non è che una limitazione di essi l'usufrutto legale conceduto al genitore su alcuni di que' beni. La base è dunque assolutamente cambiata; le teorie del diritto romano sui peculii del figlio di famiglia sono completamente estranee alla legislazione attuale; non si può trovare in quelle l'origine dell'usufrutto legale attribuito dal nostro codice al genitore che esercita la patria potestà; e il ricorrere ad esse per risolvere qualche dubbio che le disposizioni del codice stesso lascino in questa materia, potrebbe esser causa di erronee deduzioni.

Gli autori francesi riferiscono al diritto consuetudinario la sorgente di questa istituzione dell'usufrutto legale paterno. La maggior parte delle leggi municipali accordavano al superstite di due coniugi *nobili* il diritto di percepire a proprio vantaggio le rendite de' beni che i figli minori avessero avuti dalla successione del genitore predefunto, fino a che quei figli non avessero raggiunta una certa età,

sotto certi oneri dalla legge determinati, e in ricompensa dell'educazione de' figli medesimi. La legge municipale di Parigi estendeva questo diritto anche al superstite di due coniugi *borghesi* (1). Il codice Napoleone non avrebbe fatto che dare una nuova estensione a questa istituzione d'origine feudale. E da ciò i commentatori traevano una conseguenza importantissima, che cioè fosse al *diritto consuetudinario* che si dovesse ricorrere, per interpretare i principii che il codice aveva attinti da quel diritto.

Quanto a noi, pensiamo che se per le ragioni già dette non potremmo aspettarci in questa materia un sussidio efficace dalle regole del diritto romano, meno ancora potremmo affidarci a quelle del diritto consuetudinario francese, da cui ci divide tanta differenza di principii e di costumanze. Gli autori del nostro codice trovarono già immedesimata nelle abitudini giuridiche del paese l'istituzione dell'usufrutto legale come attributo della patria potestà, e reputarono opportuno di conservarla. Dove facciano difetto o presentino qualche dubbiezza le regole speciali che nel codice furono scritte, non è dal diritto romano nè dal consuetudinario francese che dobbiamo ritrarre i principii direttivi per risolvere le difficoltà; ma dalle norme generali che il codice stesso ha stabilite circa l'usufrutto.

Da ciò che abbiam detto, facilmente rilevasi come non sia che un'eco delle tradizionali dottrine francesi il motivo generalmente indicato come fondamento dell'usufrutto legale paterno, e che vedemmo ripetuto anche nelle relazioni del ministro e della commissione senatoria. L'idea espressa dal Pothier, che il godimento dei beni de' figli minori fosse da riguardarsi come compenso delle cure della loro educazione confidata ai genitori, fu accettata da molti senza esame. Eppure per quanto poco profondamente si fosse voluto assoggettarvela, sarebbe apparso facilmente che il motivo addotto non bastava a giustificare l'istitu-

(1) V. Pothier, *Traité de la garde-noble et bourgeoise*, art. preliminare.

zione. L'educazione dei figli è un dovere dei genitori. A qual titolo ne avrebbero dunque una ricompensa? D'altro lato non è ripugnante il concetto d'un correspettivo pecuniario per un ufficio essenzialmente morale? Non è umiliante pel genitore, e non deprime la stessa autorità di lui il porlo quasi nella condizione d'un salariato del proprio figlio? Non è contraddittorio, infine, che si retribuisca l'ufficio della patria potestà, mentre si vuole gratuito quello della tutela?

Per queste considerazioni appunto alcuni degli onorevoli componenti la commissione coordinatrice avrebbero volentieri proposto, come riferimmo, l'abolizione del diritto di usufrutto legale del padre sui beni del figlio. Ma si rispose coll'addurre una ragione diversa, segnalata da alcuni più moderni autori, che, cioè, non convenga sottoporre il padre alla necessità di render conto al figlio delle rendite dei di lui beni. Questo nuovo motivo è poi più vero e meglio giustificante che il primo? Ne dubitiamo assai. Si è detto che il dover rendere conto *umilia il padre, ne scema l'autorità, può essere causa di dissidi e di danni pei figli medesimi.* Non crediamo veramente che possa con qualche ragione reputarsi umiliante, pregiudizievole alla dignità paterna, dannoso il dimostrare d'avere agito secondo i dettami della coscienza e della legge; ma se pure tutti questi mali potessero attribuirsi all'obbligazione imposta al padre di render conto della propria gestione, osserviamo che da questa obbligazione non lo esonera l'essergli conceduto l'usufrutto di alcuni beni del figlio, mentre di quelli stessi che usufruisce deve tuttavia render conto per ciò che riguarda la proprietà, e deve anco render conto delle rendite di quelli che sono eccettuati dall'usufrutto legale. Se il legislatore avesse adottato questo motivo che gli si attribuisce, avrebbe dovuto per coerenza estendere a tutti indistintamente i beni del figlio, e senza ammettere derogazione alcuna, l'usufrutto paterno; come se avesse accolto invece l'altro concetto di un *compenso alle cure di educazione*, non avrebbe

dovuto far cessare l'usufrutto legale pel passaggio del genitore ad altre nozze (articolo 232 cod. civ.), poichè ciò non ostante la patria potestà, e conseguentemente le cure di educazione dei figli continuano.

Non per questo parteggieremmo cogli abolizionisti dell'usufrutto legale paterno, parendoci che altre e ben gravi ragioni rimangano a giustificarlo.

Le rendite dei beni del figlio non sono attribuite al genitore, che esercita su lui la patria potestà, se non dopo prelevatone tutto ciò che occorra per le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio medesimo (articolo 230, n. 1, cod. civ.); spese che debbono proporzionarsi all'entità delle rendite stesse. Queste adunque sono innanzi tutto destinate a vantaggio del figlio, ed è solo il sopravanzo che la legge devolve a benefizio del genitore. Nè ciò merita censura; essendo equo ed opportuno ch'egli sia così associato in modo subordinato alla buona fortuna del figlio soggetto all'autorità sua. E certamente sarebbe duro e sconveniente al decoro della patria potestà stessa, che chi la esercita fosse talora costretto a vivere in condizioni ristrettissime, pur dovendo procurare al figlio le agiatezze ed anche il lusso proporzionatamente alla fortuna di lui. La legge non fa infine che supplire colla propria disposizione a quello che il naturale affetto ispirerebbe al figlio, se fosse capace a disporre delle proprie rendite; che non si limiterebbe al puro obbligo di somministrare al proprio genitore gli alimenti di cui potesse abbisognare, ma, provveduto ai bisogni proprii, vorrebbe che anche il genitore partecipasse di quel benessere che la fortuna gli preparò. E se le rendite del figlio siano per avventura tanto copiose da lasciar luogo, dopo tutto, a far delle economie, è da credere che il genitore vorrà accumularle in vantaggio del figlio dal cui patrimonio provengono. Certo non è fatta in proposito dalla legge nessuna limitazione alla facoltà del genitore; ed è bene, perchè una volta determinato di attribuirgli l'usufrutto, il vincolarne in qualunque modo

l'esercizio non avrebbe mancato di produrre gravissimi inconvenienti. Ma, come fu giustamente osservato da alcuno dei commissari, si aveva tutta la ragione di *confidare nella giustizia e nell'affetto del padre verso i proprii figli.*

D'altronde, quali sono principalmente i beni del figlio che di fatto rimarranno colpiti dall'usufrutto legale del genitore? Quelli che al figlio stesso provengano *da successione o donazione* (art. 228 cod. civ.). Ora la persona della cui eredità si tratta o il donante hanno libera facoltà di disporre che dei beni lasciati o donati al figlio — eccettuati soltanto quelli che gli siano riservati a titolo di legittima — il padre non abbia l'usufrutto (art. 229, n. 1, cod. civ.). E se non usano di questa facoltà, non è forse ragionevole interpretarne la volontà nel senso, che anche al genitore debbano profittare le rendite di quei beni, per quanto esse superino i bisogni del mantenimento, dell'educazione e dell'istruzione del figlio, e fino a che questi rimanga soggetto alla potestà civile del genitore medesimo?

Dimostrati così i motivi, pei quali ci sembra bastantemente giustificata la istituzione dell'usufrutto legale, completeremo queste nozioni preliminari esaminando i caratteri giuridici che a tale diritto possono assegnarsi.

247. Il diritto di usufrutto legale è un *attributo della patria potestà;* in questo principio tutti sono d'accordo. Non possiamo però lasciare dimenticata un'osservazione che abbiamo fatta altra volta; che, cioè, mentre, in generale, gli attributi della patria potestà sono stabiliti dalla legge nell'interesse del figlio, per proteggerlo e supplire all'incapacità di lui, quello invece consistente nell'usufrutto legale è determinato dal solo interesse pecuniario del genitore esercente la patria potestà, e i motivi che ne formano base nulla hanno di comune collo stato d'incapacità civile del figlio, collo scopo della protezione di lui (1). Donde

---

(1) V. sopra, n. 184, pag. 418.

risulta poi evidentissima l'importante conseguenza, che diversamente dagli altri attributi della patria potestà, i quali si attengono essenzialmente all'ordine pubblico, come tutto ciò che concerne lo stato e la capacità delle persone, l'usufrutto legale non possa invece riguardarsi che come appartenente all'ordine puramente privato, al pari d'ogni altro rapporto che abbia oggetto d'interesse soltanto particolare e pecuniario di una persona.

Dal medesimo principio, di essere un attributo della patria potestà il godimento dei beni del figlio che vi è soggetto, qualche autore ha dedotto un'altra conclusione: che, cioè, quel godimento non costituirebbe un vero e proprio *diritto di usufrutto*. Si è detto che pel genitore è principalmente e sostanzialmente un diritto di amministrazione quello che la legge gli attribuisce sopra i beni del figlio; che se in virtù della legge stessa vi si aggiunge, quasi accessorio, il godimento delle rendite, colla inerenza però di oneri che le fanno rivolgere innanzi tutto a vantaggio del figlio medesimo, ciò per altro non può costituire uno smembramento della proprietà dei beni a questo appartenenti, come lo costituirebbe l'usufrutto ordinario, ma è semplicemente un attributo della patria potestà, una dipendenza dei rapporti personali che da essa derivano (1).

Questa dottrina è però respinta dal maggior numero degli altri autori, i quali opinano trattarsi anche qui di un vero e proprio usufrutto. E di ciò tanto meno avremmo a dubitar noi, dappoichè il nostro codice ha perfin mutate le espressioni che potevano ingenerare questione. Il codice francese negli art. 384 al 387 parlava di *godimento dei beni del figlio*; l'italiano nelle disposizioni corrispondenti ha usate formalmente le parole — *usufrutto legale* — nè mai ha data a questo diritto del genitore una qualificazione diversa. D'altronde la definizione, che l'art. 477 ci dà dell'usufrutto, in generale è applicabile in ogni sua parte anche a questo che

---

(1) V. Pont, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, n. 379.

è attribuito al genitore; al quale pure spetta indubbiamente il " *diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà,* " *nel modo stesso in cui ne godrebbe il proprietario, ma con* " *l'obbligo di conservarne la sostanza tanto nella materia quanto* " *nella forma* ". E il successivo articolo 478 dicendoci che " l'usufrutto è stabilito *dalla legge* o dalla volontà dell'uomo " mentre comprende nella prima di queste classificazioni anche il godimento dei beni del figlio attribuito al padre, dimostra poi che l'usufrutto stabilito dalla legge, come quello costituito per volontà dell'uomo, è sempre regolato dalle medesime norme. Di questo principio reca infatti una espressa applicazione l'art. 230, quando dopo la dichiarazione di alcuni speciali oneri inerenti all'usufrutto legale, soggiunge ancora: " *tutti gli altri obblighi ai quali sono* " *soggetti gli usufruttuari* ". Vi è uno speciale rapporto nel quale si ha una differenza notevole in confronto dell'usufrutto ordinario; ed è quanto alla *ipoteca*, della quale è dichiarato capace l'*usufrutto dei beni immobili che sono in commercio, coi loro accessorii, ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti* (art. 1967, n. 2, cod. civ.). Ma da ciò stesso risulta anzi confermato il principio, che il godimento dei beni immobili del figlio costituisca pel genitore un vero e proprio usufrutto. E invero, oltre ad essere anche qui espressamente ripetuta questa formale qualificazione di *usufrutto legale*, è da riflettere eziandio che se il godimento dei beni immobili del figlio non fosse un vero usufrutto, non solo sarebbe superfluo l'esprimere che quel godimento non fosse capace d'ipoteca, ma sarebbe assurdo l'enunciare questa massima come una *eccezione alla suscettibilità di ipoteca*, dichiarata generalmente per l'*usufrutto dei beni immobili.*

Dopo ciò non crediamo potersi attribuire gran peso alle considerazioni in senso contrario che abbiamo sopra riferite. Che l'usufrutto legale sia un attributo della patria potestà, niuno per certo vorrà negarlo; ma se ciò segnala una differenza d'origine di questo usufrutto, non dimostra

che esso diversifichi intrinsecamente, e per gli effetti di diritti e di obbligazioni che possono derivarne, dall'usufrutto ordinario, se non in quanto la legge espressamente disponga. Essendo un attributo della patria potestà, l'usufrutto legale dovrà necessariamente cessare quando la patria potestà stessa per qualunque causa finisca, ma ciò non toglierà che finchè esso duri debba essere regolato dalle norme comuni, per tutti i rapporti intorno ai quali non siano date disposizioni speciali diverse.

Pensiamo poi che sia erroneo il considerare questo come un godimento di rendite accessorio al diritto di amministrazione dei beni del figlio, mentre i due diritti di amministrazione e d'usufrutto sono così profondamente distinti, come dimostrammo in principio di questa sezione.

Vi sono materie nelle quali può trovar luogo quel concetto; come pei beni dati in possesso temporaneo ai presunti eredi dell'assente, e pei beni dotali. Ma allora la legge attribuendo entro certi limiti ai possessori il *godimento delle rendite dei beni dell'assente* (art. 28 cod. civ.), ed al marito *l'amministrazione della dote, col diritto di riscuotere i frutti e gli interessi* (art. 1399 cod. civ.), si guardò bene dal parlare di *usufrutto*. Nè come tale potrebbe veramente considerarsi un godimento, come quello conceduto ai possessori dei beni dell'assente, che ha per unica base il fatto momentaneo del possesso, il quale può ad ogni istante cessare col finire della incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente medesimo; nè un godimento, come quello attribuito al marito sui beni dotali, che non ha per fine propriamente l'interesse individuale del solo marito, ma quello della famiglia al cui mantenimento la dote è destinata, sicchè il marito, come capo della famiglia stessa, è amministratore de' beni dotali, e in questa qualità ha il diritto di riscuoterne i frutti e gli interessi per valersene a sostenere i pesi del matrimonio. Nell'un caso e nell'altro l'intento della legge non è di costituire sui beni dell'assente a favore dei possessori, sui beni dotali a favore del marito, un rapporto

di diritto reale formante smembramento di proprietà; ma solo di eccitare i presunti eredi dell'assente ad assumere l'amministrazione dei di lui beni, e di far servire i frutti della dote alla loro destinazione in vantaggio della famiglia, di cui il marito è capo. Ben altro è il caso nostro; chè la legge, pei motivi sopra dimostrati, ha ammesso in favore del genitore esercente la patria potestà uno speciale diritto sui beni del figlio, diritto costituito pel solo individuale interesse del genitore medesimo, diritto completamente distinto da quello di amministrazione dei beni del figlio, e comprensivo di tutti gli attributi che qualificano e distinguono l'usufrutto secondo la definizione datane dall'articolo 477. Manca quindi ogni fondamento all'asserire, che si fa con manifesta petizione di principio, che il diritto di godimento attribuito al padre *non possa costituire, come l'usufrutto ordinario, un vero smembramento della proprietà dei beni appartenenti al figlio.*

Se abbiamo insistito in una dimostrazione, che potrebbe ben anco parere superflua a fronte dei testi della nostra legge, si fu per l'importanza delle conseguenze derivabili dallo stabilire la massima che il diritto di godimento dei beni del figlio, attribuito al genitore esercente la patria potestà, sia un *vero e proprio usufrutto;* poichè se ciò è, come ci sembra indubitabile, dovrà derivarne, come enunciammo precedentemente, che, salvo pei rapporti circa i quali si abbiano espresse disposizioni speciali di legge in contrario, debbano applicarsi anche a questo diritto del genitore tutte le regole generali dell'usufrutto ordinario.

248. Nello stesso argomento dei caratteri giuridici da attribuirsi al diritto di usufrutto legale, v'è un punto, che mentre non poteva dar luogo a contestazione in diritto francese, presenta invece qualche dubbiezza nella legislazione nostra.

Nell'articolo 384 del codice Napoleone era attribuito al genitore l'*usufrutto dei beni dei suoi figli;* e a questa regola

così generale ed assoluta erano apposte soltanto alcune limitazioni nel successivo articolo 387. Niuno pertanto dubitava essere questo un *usufrutto universale*, sicchè le regole di esso dovessero applicarsi, tanto rispetto ai diritti quanto agli obblighi dell'usufruttuario. Ma il nostro articolo 228, nel quale sono stabilite le basi dell'usufrutto legale, dichiara esservi soggetti “ *i beni che provengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo* „. Non dobbiamo dunque arguirne che limitato così ad una sola classe di beni, in ragione del titolo di loro acquisto, manchi all'usufrutto legale, secondo il codice nostro, carattere della *universalità* e si riduca semplicemente ad un *diritto particolare?* Dimostreremo a suo tempo, parlando dei beni soggetti all'usufrutto, che la loro determinazione non dipende dalla sola disposizione dell'art. 228, ma eziandio da quella del successivo 229, in cui sono annoverati i *beni non soggetti all'usufrutto legale;* che queste disposizioni si completano a vicenda, ed è solo dalla combinazione di esse che risulta veramente quali siano i beni del figlio colpiti dall'usufrutto attribuito dalla legge al genitore. Seguendo questo concetto possiamo affermare che in realtà, secondo gl'intendimenti del legislatore, si tratta d'un diritto che non è limitato nel suo oggetto ad alcuni beni particolari, ma si estende a tutto il patrimonio del figlio, salvo le limitazioni speciali che la legge ha fatte dichiarando alcuni beni non soggetti all'usufrutto legale. Così il carattere di *diritto universale* non gli manca, secondo la legislazione nostra, come era ammesso senza contrasto dalla dottrina francese, nonostante che anche da quel codice fossero sottratti alcuni beni del figlio all'usufrutto paterno.

Di questo principio troviamo infatti un'applicazione espressa nell'art. 230 n. 2, che tra i pesi inerenti all'usufrutto legale annovera anche “ *il pagamento delle annualità o degli interessi dei capitali* „; imperciocchè è solo all'*usufruttuario di un patrimonio o d'una quota di patrimonio* che un simile obbligo può incombere, giusta l'espressa dispo-

sizione dell'art. 509 cod. civ. — Nè si obbietti che questa debba piuttosto considerarsi come una eccezione alle regole ordinarie dell'usufrutto particolare; osservando che se si trattasse d'usufrutto universale questa disposizione del n. 2 dell'art. 230 diverrebbe affatto superflua, bastando la massima, stabita nel n. 3 del medesimo articolo, che all'usufrutto legale siano inerenti *tutti gli obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari*, per dovere senz'altro ritenere applicabile anche la disposizione del citato articolo 509 del codice civile. — Se l'usufrutto legale fosse dalla legge considerato come un *diritto particolare* sarebbe difficile giustificare la eccezione, che la legge facesse ai principii comuni, obbligando l'usufruttario al pagamento di annualità ed interessi non inerenti ai frutti dei beni usufruiti: mentre considerandolo come *diritto universale* si spiega facilmente che la legge, allo scopo appunto di togliere qualunque dubbio intorno a questo carattere dell'usufrutto legale, abbia espresso che come qualunque usufruttuario universale anche il genitore che gode i beni del figlio ha l'onere di pagare le annualità e gli interessi dei capitali. Ciò inoltre è confermato dalla stessa espressione dell'art. 230 n. 3, che parlando di " tutti *gli altri* obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari " viene ad accennare che anche l'obbligo, dichiarato nel numero precedente, di pagare le annualità e gl'interessi dei capitali, è tra quelli che secondo i principii comuni incombono all'usufruttuario, il che non avviene se non nel caso che l'usufrutto comprenda un patrimonio od una quota di patrimonio.

Tutto questo dicemmo perchè il definire se l'usufrutto legale debba considerarsi come *universale* o *particolare* può avere gravissime conseguenze pratiche. Suppongasi che alcuni beni acquistati dal figlio a titolo lucrativo, e quindi compresi nell'usufrutto legale a termini dell'art. 228, siano sostituiti con altri beni nel patrimonio del figlio medesimo; che, per esempio, siano venduti impiegandone il prezzo, o siano permutati. Se l'usufrutto dovesse considerarsi come

diritto particolare, non potrebbe estendersi a questi nuovi beni; perciocchè è proprio dei diritti particolari il doversi limitare restrittivamente a quei beni che ne formano oggetto, e il non poterne colpire altri che siano a quelli sostituiti. Essendo invece un *diritto universale*, è indubitabile che i beni nuovamente entrati nel patrimonio del figlio diverranno soggetti all'usufrutto legale in luogo di quelli che ne sono usciti; poichè è proprio dei *diritti universali*, che colpendo le cose piuttosto in considerazione del valore da esse apportato nel patrimonio soggetto a quei diritti, che come oggetti particolari, siano quindi esercibili anche su ciò che nel patrimonio medesimo venga a rappresentare quelle cose onde l'aforismo: *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, res loco pretii.*

Questa conclusione è d'altronde perfettamente conforme alla giustizia, che si troverebbe lesa se un fatto indotto da necessità od utilità del figlio, qual sarebbe, per esempio, quello di vendere i mobili soggetti a deterioramento, o di fare una permuta vantaggiosa, dovesse avere per conseguenza di privare il padre dell'usufrutto che gli apparteneva sui beni alienati, senza compensarlo coll'assoggettare al medesimo usufrutto ciò che a quei beni fosse stato sostituito.

249. Abbiamo enunciata altrove una proposizione, di cui qui troviamo sede opportuna a dimostrarne il fondamento ed i limiti. Dicemmo che il genitore, al quale appartiene l'usufrutto legale, ha facoltà di rinunciarvi in tutto o in parte nei modi e cogli effetti ordinari (1). La verità della qual massima, in questo suo aspetto così generale, non potrebb'essere invero seriamente contestata. A prima giunta si troverebbe forse un ostacolo nel principio che l'usufrutto legale è un attributo della patria potestà, e che a tali attributi, siccome d'ordine pubblico, non si può mai

(1) V. sopra, n. 149, pag. 324.

in alcun modo derogare. Ma già avvertimmo come questo speciale attributo della patria potestà debba distinguersi dagli altri, che sono stabiliti nell'interesse del figlio, che hanno uno scopo protezionale per supplire all'incapacità di lui, che quindi appartengono veramente all'ordine pubblico; mentre questo dell'usufrutto legale non ha fondamento nella incapacità del figlio, non ha per iscopo l'interesse di lui, ma quello del genitore che esercita la patria potestà, e un interesse meramente pecuniario epperò d'ordine privato soltanto (1). Anche il genitore, al pari d'ogni altro usufruttuario, deve dunque poter rinunziare al proprio diritto. La massima è infatti accettata senza contraddizione dalla dottrina. Sorge disaccordo soltanto quando si tratta di determinarne la estensione; chè taluno la vuole assoluta, nè ammette che mai sotto qualunque aspetto possa limitarsi la facoltà di questa rinunzia (2); altri invece consentono potersi sempre rinunziare all'usufrutto già aperto, ma lo negano per l'usufrutto non ancora aperto, per la rinunzia che si facesse *nel contratto matrimoniale* (3).

I signori *Aubry* e *Rau*, che avevano innanzi professata la prima opinione, accedettero poi alla contraria generalmente adottata.

Tra i commentatori del codice italiano, il *Borsari* parrebbe di avviso conforme a quello manifestato dal *Laurent;* poichè insegna che: " la rinuncia dell'usufrutto legale possa " sempre farsi, perchè si può sempre rinunziare a un bene- " ficio indotto a proprio favore „ nè pone alcuna distinzione tra i casi che l'usufrutto sia o no aperto al tempo in cui la rinunzia si operi. Poi l'illustre scrittore tratta la quistione se possa rinunziarsi all'usufrutto dopo averlo accettato ed averne per qualche tempo goduto, e se in tal caso

---

(1) V. sopra, n. 247, pag. 643.

(2) V. Laurent, t. IV, n. 339, pag. 445 e seg.

(3) V. Toullier, t. XII, n. 15; Marcadé, t. II, art. 387, § V; t. V, art. 1389, § VII; Demolombe, t. VI, n. 488-491; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 524, n. 1; § 550 *bis*, n. 38.

il genitore sarebbe tenuto a render conto dei frutti già percetti. E risponde distinguendo: " Se si trovasse — dice —
" che l'usufrutto è oneroso, perchè la rendita è superata
" dai pesi, non si tratterebbe più di rinunziare un bene-
" fizio, ma una obbligazione, *il che dopo l'accettazione non*
" *potrebbe farsi*. Ma se l'usufrutto fosse utile tuttavia, mal-
" grado che l'usufruttuario avesse alle prime raccolte esau-
" rita una parte dei vantaggi dell'usufrutto medesimo,
" egli dovrebbe essere esonerato dalle sue obbligazioni per
" l'avvenire, senza dover dar conto dei frutti percetti dopo
" il suo godimento „ (1).

Alla prima parte di questa teoria opponiamo le osservazioni, che ci sembrano irrefutabili, del *Marcadé*. Il celebre autore stabilisce che il genitore può rinunziare all'usufrutto legale tanto per avvantaggiare il figlio quanto *per liberar sè dai carichi che riconosca troppo onerosi;* e soggiunge:
" Invano si opporrebbe che accettando da prima l'usufrutto,
" l'usufruttuario *ha contratta l'obbligazione* di questi carichi,
" e che una volta formata una tale obbligazione, non gli
" è più lecito il sottrarsene. Sarebbe questo un singolare
" abbaglio intorno all'indole dell'usufrutto legale. Non vi
" è contratto, nè obbligazione reciproca; ma semplicemente
" un diritto offerto al genitore, del qual diritto non sono
" che conseguenze ed accessorii gli oneri indicati dalla
" legge „ (2).

Pel resto non insistiamo in questo argomento, perchè non riguarda veramente la questione ora proposta, ma piuttosto gli effetti che la rinuncia possa produrre in ordine ai pesi inerenti all'usufrutto legale; tema questo al quale troveremo appresso occasione più opportuna; e intanto basti accennare che gli effetti della rinuncia all'usufrutto legale devono regolarsi con quegli stessi principii generali che valgono per la rinuncia dell'usufrutto in generale.

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 228, § 526 B), pag. 828-829.
(2) V. Marcadé, art. 387, § V, t. II, n. 167, 4°.

Neppure stimiamo che sia qui luogo di occuparci dei diritti che possano competere ai creditori del genitore, per impugnare la rinuncia all'usufrutto legale ch'egli avesse fatta in frode dei loro diritti. Sarebbe anche intorno a ciò applicabile la massima generale stabilita nell'art. 1235: nè più nè meno.

Teniamoci per ora strettamente alla semplice questione dell'ammissibilità, o non, della rinuncia all'usufrutto *che non sia ancora aperto*.

Noi abbiamo nell'articolo 1379 del nostro codice una disposizione, la quale si presta assai meno ai dubbi che poterono essere sollevati sul corrispondente articolo 1388 del codice Francese. In questo era detto: “ Gli sposi non “ possono derogare nè *ai diritti risultanti dall'autorità* “ *maritale sulle persone della moglie e dei figli*, o che “ appartengono al *marito come capo*, nè ai diritti che ven- “ gono attribuiti *al coniuge superstite* dal titolo *della patria* “ *potestà*, e da quello *della minore età, della tutela e del-* “ *l'emancipazione*, nè alle disposizioni proibitive del pre- “ sente codice „.

E quantunque la grandissima maggioranza dei commentatori avesse ritenuto che anche l'*usufrutto legale*, spettante al padre sui beni dei figli durante il matrimonio, fosse compreso in quest'articolo e cadesse quindi sotto la medesima proibizione; pure potè anche stabilirsi, non senza qualche buon fondamento, una opinione contraria. Per la quale si osservava: che trattandosi d'una proibizione, dovevasi tenerla ristretta ai termini della legge; e che questa parlava soltanto dei *diritti di autorità sulle persone* della moglie o dei figli, dei diritti del *marito come capo* — il che doveva intendersi, *come capo della società coniugale* — e di quelli appartenenti *al coniuge superstite*, cosicchè non vi era compreso il diritto d'usufrutto appartenente *al padre durante il matrimonio;* che dunque non vi essendo proibizione speciale di rinunciare anticipatamente all'usufrutto legale, dovevano osservarsi i principii generali, in virtù dei quali è lecito

rinunciare ad un diritto eventuale, non ancora aperto, come ad un diritto attuale, qualora la legge non lo vieti espressamente, come fa rispetto ad una *successione non ancora aperta*, ad una *prescrizione non ancora acquisita* (art. 1118, 2107 cod. civ.).

Ma le espressioni del nostro articolo 1379 sono molto più semplici, chiare ed assolute. È vietata nel contratto matrimoniale qualunque stipulazione, con cui si deroghi *ai diritti che appartengono al capo della famiglia od a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge.* Sarebbe mai possibile riguardare come estraneo ai termini di questa disposizione l'usufrutto legale? Riteniamo pure che l'ultima parte, in cui si parla di *diritti attribuiti all'uno o all'altro coniuge*, contempli i soli rapporti dei coniugi tra di loro. Ma l'usufrutto legale non è forse un *diritto appartenente al capo della famiglia*, poichè è un attributo della patria potestà, la quale appunto costituisce a capo della famiglia la persona a cui quella somma autorità domestica è attribuita? Così non sembra dubbio che nella generalità dei termini del nostro articolo 1379 sia compresa la proibizione di derogare, con una rinunzia contenuta nel contratto matrimoniale, al futuro usufrutto legale sui beni dei figli nascituri dal matrimonio.

Senonchè pensiamo che si debba spingere anche più oltre, e non limitare al solo caso di usufrutto non ancora aperto l'inammissibilità della rinunzia. Esporremo intorno a ciò rimessivamente le nostre idee.

Se è proibito — come non sembra dubbio per la espressa disposizione dell'articolo 1379 — il rinunziare nel contratto di matrimonio all'usufrutto legale sui beni dei figli nascituri dal matrimonio stesso, non vediamo perchè debba poi esser lecito il rinunciare, dopo contratto il matrimonio, non già all'usufrutto sovra beni determinati, ma al diritto stesso d'usufrutto in generale, a questo attributo della patria potestà. Qualora una tale rinunzia generica fosse permessa, non rimarrebbe altro motivo per vietarla nel contratto di

matrimonio, se non questo, che in tal caso *l'usufrutto non sarebbe ancora aperto.* Ma ciò costituirebbe veramente un motivo sufficiente? Non ci sembra, perchè dovrebbe valere il principio generale che si può disporre d'un diritto futuro ed eventuale come d'un diritto attuale; nè poi si verificherebbero, rispetto alla rinunzia del futuro usufrutto legale, quelle speciali ragioni di moralità e d'ordine pubblico, le quali determinarono a proibire la rinunzia ad una eredità di persona tuttora vivente o ad una prescrizione non ancora compiuta. Se è proibito il rinunziare nel contratto di matrimonio all'usufrutto legale sui beni dei figli, non è dunque veramente perchè quell'usufrutto non è ancora aperto, sibbene perchè tale rinunzia non avrebbe per oggetto un diritto sovra beni determinati, ma di spogliarsi d'un attributo della patria potestà.

Ora supponiamo pure il matrimonio già contratto, senza che nelle convenzioni matrimoniali siasi fatta alcuna rinunzia all'usufrutto legale. Il genitore potrà benissimo rinunziar dopo al proprio usufrutto sovra certi beni, o sopra una successione aperta in favore del figlio. Con ciò egli non farà propriamente altro che privarsi di una speciale attività patrimoniale, che dimettere un diritto particolare e pecuniario, il quale è tutto ed esclusivamente di suo privato interesse. Ma potrà egualmente rinunziare in modo generale ed assoluto al diritto di usufrutto, rinunziarvi sì pei beni che attualmente vi sono soggetti, come per quelli che potessero in seguito pervenire al figlio a titolo di successione, di donazione, od a qualunque altro titolo lucrativo? È ciò di cui dubiteremmo grandemente; sembrandoci che si farebbe assai più che rinunciare ad un proprio diritto particolare e pecuniario, si distruggerebbe un attributo della patria potestà. Vero è che un tale attributo è tutto nell'interesse privato del genitore. Ma basta questo perchè egli possa assolutamente spogliarsene? Egli può bensì privarsi dell'utilità pecuniaria che quell'attributo gli reca relativamente ad un determinato oggetto; ma non può fare che

quell'attributo non sia; perchè esso è creazione della legge e da lei sola dipende.

Per queste considerazioni parrebbe dunque potersi sostenere che anche dopo contratto il matrimonio, anche dopo aperto l'usufrutto legale sui beni del figlio, fosse bensì lecito al genitore il rinunziare all'usufrutto sopra beni determinati, ma non il rinunziare all'usufrutto medesimo in modo generale ed assoluto, sì pei beni che attualmente vi fossero compresi come per quelli che in futuro potessero divenirvi soggetti.

250. Un altro punto, anche più controverso, riguarda l'essere o no alienabile, col mezzo di cessione a qualunque titolo oneroso o gratuito, l'usufrutto legale.

A noi parve di potere affermare in massima l'applicabilità anche in questa materia della regola generale dell'art. 492, secondo cui l'usufruttuario può sempre *cedere l'esercizio del proprio diritto* (1). Ed a conforto di questa massima possiamo addurre opinioni autorevolissime (2). Dobbiamo però anche annoverarne parecchie in contrario, e fra l'altre quelle degli annotatori del Zachariæ, i quali nella rifusione che fecero della celebre opera reputarono di dover ritrattare l'opinione ch'essi stessi avevano adottata nelle precedenti edizioni (3). Veramente alcuni dei citati autori pongono soltanto la questione se i creditori del genitore avente l'usufrutto legale possano far procedere all'espropriazione di questo diritto del loro debitore. Ma in fondo i principii che debbono servire a risolvere l'una e l'altra quistione non possono esser diversi, come vedremo nel numero suc-

(1) V. sopra, n. 186, pag. 422.

(2) V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, etc., t. I, n. 125, 221; Chardon, *Traité des trois puissances*, 2ᵉ partie, n. 108; Zachariae, t. II, § 549 *bis*, 3°, 2; Duvergier, *De la vente*, n. 213; Laurent, t. IV, n. 328, pag. 430-431.

(3) V. Marcadé, art. 385, § II, t. II, n. 159; Demolombe, t. VI, n. 527; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 24-25; Pont, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, n. 378.

cessivo; poichè se si ammette che l'usufrutto legale sia alienabile, dovrebbe anche poter essere assoggettato dai creditori ad esecuzione forzata per l'esercizio delle loro ragioni di credito.

I commentatori del codice Italiano sono, in generale, d'accordo nel propugnare l'*inalienabilità dell'usufrutto legale.* E principalmente l'illustre cons. *Borsari* si è occupato ampiamente della questione, trattandone in tre successivi paragrafi (1). Sì egli che il *Buniva* hanno addotto un argomento, il quale, se giusto, sarebbe assolutamente decisivo; e siccome, appoggiandosi ad un testo speciale della nostra legislazione, esso vincerebbe qualunque discussione teorica, crediamo opportuno di occuparcene prima.

L'articolo 1967 del nostro codice, nel determinare quali siano i beni capaci d'ipoteca, annovera tra essi " l'usufrutto " dei beni immobili, che sono in commercio, coi loro acces- " sorii, *ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti* ".

" Conseguenza diretta di questa disposizione — dice il " *Borsari* — è che *il padre non può alienare l'usufrutto,* " giacchè *ipotecare è alienare* ".

E il *Buniva* osserva che se " l'usufrutto legale degli ascen- " denti non è capace d'ipoteca, *a fortiori* è vietato ogni " altro atto col quale il padre o la madre dispongano per " un terzo di questo usufrutto . . . . . ".

Non negheremo l'imponenza dell'argomento, ma crediamo necessario di esaminarne con cura le fondamenta per accertarsi se siano così salde come appariscono.

Dall'essere un bene dichiarato incapace d'ipoteca può proprio argomentarsi che sia assolutamente inalienabile? A primo aspetto si sarebbe tentati di affermarlo: perchè — si direbbe — chi può il più può il meno, epperò chi abbia facoltà di alienare deve anche aver quella d'ipotecare, che è un atto di disposizione più limitata, e solo

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 228, §§ 526, 527, 528, t. I, pag. 827-831; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 181; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 554, nª 1, pag. 385.

espone ad una eventuale vendita forzata. Se dunque è vietato l'ipotecare, dovrà essere per maggior ragione — come ha detto il *Buniva* — proibito l'alienare. Forse c'inganneremo; ma ci sembra che l'argomentazione non sia soddisfacente.

Innanzi tutto, l'affermazione del *Borsari*, che *ipotecare è alienare*, manca, a veder nostro, di esattezza. Chi costituisce ipoteca compie un atto la cui indole giuridica è distinta e ben diversa da quello dell'alienazione. Nella questione teorica tanto disputata, se l'ipoteca costituisca uno *smembramento di proprietà*, al pari dell'enfiteusi, dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione, delle servitù prediali, reputiamo meglio fondata l'opinione negativa. Non è qui luogo opportuno a tale discussione; ma ci limiteremo ad accennare, che per la formazione d'uno smembramento di proprietà non sembra sufficiente si verifichi una limitazione all'esercizio degli attributi di essa da parte del proprietario ed un diritto reale a favore altrui, ma necessario che gli attributi del pieno dominio, le facoltà, cioè, di usare, godere e disporre della cosa, si trovino effettivamente divisi tra più persone. Il che se si avvera, nell'uso, nell'ususufrutto, nell'abitazione, nell'enfiteusi, nelle servitù prediali, non ha luogo nell'ipoteca; poichè per essa è bensì limitata la facoltà di disporre del costituente, ed è corrispondentemente conceduto un diritto reale al creditore, ma questi non acquista veramente, sia in tutto, sia in parte, nessuno degli attributi della proprietà, nè il diritto di usare e godere, nè quello di disporre del bene vincolato ipotecariamente in favor suo. Ora, se l'ipoteca non è uno smembramento di proprietà, la costituzione di quella non può dunque neppure considerarsi come un'alienazione: sia pure soltanto di dominio imperfetto. Vero è che quando si tratta di determinare le condizioni di capacità a costituire un'ipoteca convenzionale, la legge adotta le regole stesse colle quali stabilisce la capacità all'alienazione: “ Coloro soltanto che hanno la *capacità di* “ *alienare* un immobile, possono *sottoporlo ad ipoteca* „

(art. 1974 cod. civ.). Ciò però, non per la considerazione che *ipotecare sia alienare*, ma perchè quegli stessi pericoli, che presenterebbe per una persona reputata civilmente incapace un atto di alienazione immobiliare, possono pure incontrarsi in una costituzione d'ipoteca, il cui ultimo effetto si traduce nella espropriazione forzata dell'immobile ipotecato per ottenere pagamento sul prezzo; ond'è perfettamente razionale che le stesse condizioni richieste per la capacità all'atto di alienazione siano rese comuni anche a quello costitutivo d'ipoteca, per quanto nella essenza sua profondamente differisca dall'altro. Ma quando, invece della capacità personale a contrarre un'alienazione od un'ipoteca, sia in questione la determinazione dei beni che possano formare oggetto dell'uno o dell'altro atto, le considerazioni ora cennate perdono ogni valore; e le differenze caratteristiche tra gli atti medesimi possono ben giustificare, come dimostreremo più oltre, che i beni ritenuti capaci d'uno di essi non possano tuttavia formare oggetto dell'altro. Seguendo un diverso concetto bisognerebbe arrivare fino alla conclusione, evidentemente inammissibile, che tutti i beni i quali potessero formare oggetto di alienazione fossero anche necessariamente capaci d'ipoteca. Questa obbiezione non ha infatti mancato di presentarsi alla mente di quell'esimio giureconsulto che è il *Borsari*, il quale ha scritto:

" È bensì vero, generalmente parlando, che dal non
" essere una cosa capace d'ipoteca, non deriva che sia ina-
" lienabile. Le cose mobili non sono capaci d'ipoteca, ma
" alienabili sono, perchè la loro natura respinge siffatto
" vincolo reale „.

Possiamo aggiungere, per conto nostro, che non solo tutti i *beni mobili* — su nessuno dei quali fu ritenuta ammissibile, per la natura loro, l'ipoteca — ma alcuni eziandio tra gli stessi beni immobili, mentre sono fuor di dubbio alienabili, non sono però capaci d'ipoteca. L'enumerazione, fatta nell'art 1967, dei beni che hanno questa capacità è

limitativa; mentre la regola dell'alienabilità è generale, nè va soggetta ad altre eccezioni, se non quelle che risultino o dalla natura stessa speciale del bene di cui si tratti o dalla disposizione della legge. Fra i beni immobili per l'oggetto a cui si riferiscono l'art. 415 annovera anche le azioni " che tendono a ricuperare immobili o diritti ad essi " relativi „; e niuno certamente vorrebbe porre in dubbio che queste azioni fossero suscettibili d'essere trasferite mediante cessione ad altra persona. Eppure queste azioni stesse non sono capaci d'ipoteca, poichè sono escluse dalla enumerazione tassativa dell'art. 1967. Qual meraviglia pertanto che anche l'*usufrutto legale degli ascendenti,* ritenuto espressamente dal predetto articolo come *non capace d'ipoteca,* sia nondimeno *alienabile.* E come dunque lo si vuol ritenere *inalienabile* perciò solo che è dichiarato non suscettibile d'ipoteca? Ecco la risposta dell'egregio autore:

" Nel caso attuale la ipoteca non è inconsistente *ex na-* " *tura rei,* imperocchè lo stesso n. 2 dell'art. 1967 ammette " l'ipoteca quale che sia convenzionale o giudiziaria sul- " l'usufrutto. È adunque *per la qualità dell'usufrutto* che " la ipoteca non si concede „. Ammettiamo come pienamente vera questa osservazione; ma non troviamo che ci faccia avanzare d'un passo nella questione.

La *qualità dell'usufrutto legale* dei genitori è quella che dà motivo a proibirne l'ipoteca. Ma la qualità stessa giustifica ugualmente che sia proibita la cessione dell'esercizio di quell'usufrutto? A noi sembra anzi, e lo dimostreremo tra breve, che vi siano motivi abbastanza plausibili di differenza, pei quali possa giustificarsi l'una proibizione e non l'altra. Intanto ci basta di allegare la possibilità di questi motivi, per dedurne che non sia da ritenere vietata l'alienazione, di cui la legge non parla, per ciò solo che è proibita la costituzione di ipoteca.

Nè poi crediamo più esatta l'altra idea, che essendo vietata la costituzione d'ipoteca, la quale è il *meno,* non possa esser lecita l'alienazione, che è il *più.* Ciò suppone che

l'ipoteca non sia che una specie di alienazione; e già abbiamo accennate le ragioni, a parer nostro decisive, che dimostrano la falsità di questo concetto. Tra un atto qualunque di alienazione e quello costitutivo d'ipoteca non passano i rapporti del più al meno; ma sono atti sostanzialmente diversi, aventi caratteri ed effetti perfettamente distinti. Chè, anzi, sotto certi aspetti può essere giustamente considerato dalla legge come più grave e pericoloso il costituire un'ipoteca, di cui non si prevedono al momento tutte le possibili conseguenze, di quel che sia un'alienazione in cui tutto è calcolato esattamente.

Ed è appunto in simile rispetto che pensiamo trovarsi i motivi i quali possono giustificare l'essersi eccezionalmente sottratto alla capacità dell'ipoteca l'usufrutto legale spettante al genitore sui beni immobili del figlio soggetto alla sua potestà, mentre possa rimanere lecito al genitore stesso, secondo la regola generale dell'art. 492 — a cui non è fatta per la materia di cui trattiamo alcuna speciale limitazione — il cedere ad altra persona l'usufrutto medesimo. Di tale cessione infatti non è guari temibile la frequenza. Difficile che il genitore si risolva di trasferire ad altra persona l'esercizio del proprio diritto d'usufrutto, creandosi con ciò anche un grave imbarazzo per l'amministrazione stessa dei beni del proprio figlio; più difficile ancora il trovare chi si renda cessionario di un usufrutto, il quale è esposto a più cause d'estinzione che non d'ordinario — poichè oltre a dover cessare per la maggiorità del figlio o per la morte dell'usufruttuario, può finire eziandio per la emancipazione o la morte del figlio medesimo — di un usufrutto che rimane soggetto a speciali oneri, i quali non possono essere anticipatamente e stabilmente determinati. quali son quelli delle *spese di mantenimento*, *educazione ed istruzione del figlio* (art. 230, n. 1, cod. civ.). Facilissimo all'opposto che il genitore, stretto dalle urgenze dei proprii affari, s'inducesse a dare in ipoteca l'usufrutto a lui spettante sovra determinati beni immobili del figlio, e

questa ipoteca venisse accettata dal creditore, e ne derivassero poi complicazioni, liti e danni pel figlio stesso. Più grave quindi e più pericoloso il permettere la costituzione d'ipoteca su quell'usufrutto, che il lasciar luogo, secondo la regola comune, alla cessione che il genitore in qualche raro caso potesse determinarsi a farne.

Con tutto ciò non intendiamo di aver risolta la questione dell'alienabilità, o non, dell'usufrutto legale: questione che non abbiamo ancora esaminata sotto l'aspetto teorico nel quale ha svegliata tanta dissidenza, come sopra accennammo, tra i giureconsulti francesi. Ma ci crediamo autorizzati intanto a conchiudere dalle esposte considerazioni, che la disposizione dell'art. 1967, n. 2, del nostro codice non è decisiva nella questione predetta, come da alcuni è stato pensato; e che nonostante sia espresso che l'usufrutto legale dei genitori *non è capace d'ipoteca*, rimane ancora disputabile *se sia capace di cessione*. Nella quale conclusione ci conferma tanto più l'origine storica di questa disposizione. Essa non è che la copia letterale di quella che era stata proposta in Francia sul corrispondente articolo 2118 del codice Napoleone, in quel progetto di riforma ipotecaria che, nel corso degli anni 1850 e 1851 arrivato fino alla terza lettura, non potè essere votato definitivamente in causa degli avvenimenti politici. Ora gli autori del nostro codice, quando registravano nell'opera loro quella disposizione, non potevano certamente dimenticare come la questione che venivano così a risolvere non fosse la sola controversa nella dottrina, circa la trasmissione di diritti che il genitore potesse fare a favore d'altre persone sull'usufrutto legale a lui competente; come, anzi, ne fosse agitata una anche più radicale intorno all'ammissibilità o non della cessione di quell'usufrutto. E se anche quest'ultima questione avesser voluto sciogliere, non era per certo il titolo *delle ipoteche* quello in cui avessero a farlo. Era nel titolo stesso *della patria potestà*, era tra le molte disposizioni colle quali si regolava l'usufrutto legale nei principali suoi rap-

porti, e in quelli specialmente in cui si credeva necessario derogare al diritto comune, che conveniva introdurre una disposizione, colla quale, facendo eccezione alla massima dell'art. 492, si dichiarasse che “ il genitore non può cedere l'esercizio del proprio diritto d'usufrutto legale „. Se ciò si fosse fatto, sarebbe anco divenuta superflua la limitazione contenuta ora nel numero 2 dell'art. 1967; poichè sarebbe stato assurdo il supporre possibile la costituzione dell'ipoteca sopra un usufrutto non suscettibile di cessione, sul quale perciò il creditore non avrebbe potuto esercitare i proprii diritti provocandone la vendita forzata. Ma al contrario, limitandosi a dichiarare che l'usufrutto legale non è capace d'ipoteca, si è lasciata insoluta l'altra questione più fondamentale, se quell'usufrutto sia suscettibile di cessione; poichè, come già dicemmo, non tutti i beni, anche immobili, che siano esclusi dal poter formare oggetto d'ipoteca, sono per ciò solo inalienabili.

Senza più preoccuparci di quella speciale disposizione, esaminiamo ora dunque la questione predetta ponendo a fronte gli argomenti addotti a sostegno delle opposte opinioni.

Per l'assoluta inalienabilità dell'usufrutto legale si fanno le osservazioni seguenti:

1° Il diritto attribuito dalla legge al genitore non può giustamente qualificarsi come vero e proprio usufrutto, ma è una specie particolare di godimento, strettamente connesso all'amministrazione dei beni del figlio; sicchè non può essergli applicabile la regola generale dell'usufrutto ordinario, del quale l'usufruttuario può sempre cedere ad altra persona l'esercizio.

2° Quel godimento dei beni del figlio è un *attributo della patria potestà*, e come tale è esclusivamente e strettissimamente personale, e quindi *non trasmissibile*.

3° La possibilità di cedere l'usufrutto legale sarebbe fonte di gravissimi inconvenienti nell'amministrazione dei beni del figlio, amministrazione che è *d'ordine pubblico.*

4° Gli oneri inerenti all'usufrutto paterno, principalmente quelli delle spese per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del figlio, sono di tale natura da opporsi a qualunque alienazione di tale usufrutto.

5° Il diritto che il cessionario acquisterebbe sarebbe assai poco sicuro, rimanendo soggetto a molteplici cause di estinzione e limitazione, ed anche sotto certo aspetto all'arbitrio del cedente, che potrebbe far cessare l'usufrutto ceduto, mediante l'emancipazione del figlio.

A tutto ciò si risponde dall'altra parte:

Che il diritto attribuito al padre è un vero *usufrutto legale*, soggetto alle norme ordinarie in tutti quei rapporti pei quali non sia stata fatta espressa e speciale derogazione;

Che non si possono confondere gli *attributi essenziali della patria potestà*, colla ricompensa accordata dalla legge a chi la esercita;

Che se la cessione dell'usufrutto arrechi di fatto alcun danno all'amministrazione dei beni del figlio, il genitore cedente ne sarà responsabile, ma ciò non può togliergli intanto il diritto di disporre dell'usufrutto, che gli appartiene come cosa di suo privato e pecuniario interesse;

Che gli oneri dell'usufrutto continueranno, naturalmente, a sussistere nonostante la cessione ed anche contro il cessionario, essendo essi *oneri reali*, e per ogni caso di difficoltà, di contestazioni, provvederà l'autorità giudiziaria colle sue decisioni;

Che quanto alle eventualità di cessazione dell'usufrutto ceduto, è al cessionario che spetta pensarvi, e se nondimeno egli reputa di suo interesse l'accettare la cessione, nessuno può trovarvi a ridire.

In verità le risposte ci sembrano abbastanza calzanti.

Quanto alla idea che il godimento dei beni del figlio, pel genitore che esercita la patria potestà, non sia un vero usufrutto, abbiamo dimostrato le ragioni per le quali ci sembra erronea, di fronte specialmente ai testi della nostra legislazione; e ne deducemmo il principio che anche a

quest'usufrutto legale debbano applicarsi tutte le massime regolatrici dell'usufrutto ordinario, salvochè vi siano espresse disposizioni di legge in contrario (1). Del quale principio troviamo qui appunto un caso di applicazione; poichè mentre l'usufrutto in generale è dichiarato espressamente, nell'art. 492, suscettibile di cessione, non è poi data nessuna disposizione che eccettui da questa regola l'usufrutto legale del genitore.

Più seria considerazione merita, a parer nostro, l'altra massima incontestabile, che l'usufrutto legale è un attributo della patria potestà. Non già che si possa dedurne, a rigore di logica e in modo assoluto, essere quell'usufrutto, appunto come attributo della patria potestà, *strettissimamente personale*, epperò rendersi *intrasmissibili* tutti i diritti anche particolari che ne dipendano. Ciò è vero di quegli attributi della patria potestà, i quali essendo stabiliti nell'interesse del figlio ed a fine di protezione in favore di lui, per la incapacità in cui è civilmente costituito, si attengono essenzialmente allo stato personale e non possono quindi subire per volontà privata nessuna immutazione, per qualunque dei rapporti in cui sono regolati dalla legge; ma non può dirsi ugualmente di questo speciale attributo, che è tutto nell'interesse particolare e pecuniario del genitore, nè dipende punto nei suoi motivi dalla condizione d'incapacità civile del figlio. Nondimeno trattandosi pur sempre innegabilmente d'un attributo della patria potestà, penseremmo, per le stesse considerazioni esposte nel numero precedente parlando della *rinunzia*, che non dovesse ammettersi come valida una *cessione generale ed assoluta del diritto universale d'usufrutto* sui beni del figlio. Affinchè il genitore avesse facoltà di trasferire così questo suo diritto, non solo pei beni che attualmente vi fossero soggetti, ma per quelli ancora che in avvenire vi si potessero comprendere, sarebbe necessario ch'egli potesse innanzi tutto trasferire nel cessionario

---

(1) V. sopra, n. 247, pag. 643-647.

l'attributo stesso della patria potestà. Ora questo è assolutamente inammissibile. È ben altrimenti quando il genitore si limiti a cedere ad altri l'usufrutto a lui spettante *sopra beni determinati*. Egli allora conserva a sè l'attributo che dalla patria potestà gli deriva, per esercitarlo sovra ogni altro bene del figlio, che sia o possa in futuro esser soggetto all'usufrutto legale, fuor di quelli che sono singolarmente compresi nella cessione: colla quale non fa dunque altro che disporre d'una particolare sua attività patrimoniale. E ciò gli è lecitissimo secondo i principii generali, nè gli è vietato da alcuna speciale disposizione di legge. Nè ci sembra che i motivi addotti, dei danni che dalla cessione dell'usufrutto deriverebbero per l'amministrazione dei beni del figlio, per l'adempimento degli oneri del mantenimento, dell'educazione ed istruzione di lui, possano reputarsi sufficienti per indurne una proibizione che non si trova scritta nel testo legislativo. Reputiamo che quelle considerazioni siano confutate efficacemente colle risposte sopra riferite di coloro che stanno per l'alienabilità dell'usufrutto legale. Ed aggiungiamo inoltre che, quand'anche questi motivi avessero miglior fondamento, potrebbero servire al diritto costituendo, per consigliare una disposizione legislativa la quale vietasse espressamente la cessione dell'usufrutto legale; ma non può essere lecito il fondare sovra semplici ragioni di convenienza, per quanto si vogliano importanti, una proibizione non scritta nel testo, una derogazione alla regola generale stabilita nell'art. 492.

Ecco dunque la conclusione a cui reputeremmo doversi arrivare in questa grave questione: essere da considerarsi come inesistente giuridicamente la cessione che il genitore facesse del proprio diritto universale d'usufrutto su tutti i beni presenti e futuri del figlio soggetto alla sua potestà; ma non essere vietata la cessione particolare dell'usufrutto sovra determinati beni o mobili o immobili del figlio medesimo.

251. Dopo ciò non possono presentarsi difficoltà molto gravi per risolvere l'altra questione, se i creditori del genitore, per conseguire quanto è loro dovuto, abbiano facoltà di agire esecutivamente anche *sull'usufrutto* che al loro debitore appartenga sopra i beni del figlio soggetto alla potestà sua.

Per coloro che ritengono inalienabile quell'usufrutto, la risposta dev'essere imprescindibilmente negativa. Come potrebbero i creditori esercitare le loro ragioni sopra una attività patrimoniale del debitore, della quale non sarebbe possibile la espropriazione forzata, come non ne sarebbe ammessa l'alienazione volontaria, e la quale perciò non potrebbe per loro essere mezzo di procurarsi il pagamento dei loro crediti? Tale infatti è la massima insegnata dagli autori che propugnano la intrasmissibilità dell'usufrutto legale, alcuni dei quali non concederebbero ai creditori altro diritto che di sottoporre ad esecuzione forzata i *frutti percetti sopravvanzati all'adempimento degli oneri apposti dalla legge all'usufrutto predetto.* E ciò sarebbe logico: perchè in realtà, esclusa la pignorabilità del diritto stesso d'usufrutto, solo i frutti residui dopo soddisfatti gli oneri potrebbero dirsi divenuti definitivamente proprietà esclusiva e libera del genitore e formanti parte integrante del patrimonio di lui (1).

Altri però si spingerebbero fino ad ammettere che i creditori potessero sequestrare le rendite presso i locatari, conduttori o debitori d'interessi, e pignorare i frutti pendenti (2). Ma bisogna convenire che questa concessione è dovuta soltanto allo spirito di equità da cui questi autori sono animati; poichè, a rigore di principii, se è vero che il diritto di usufrutto legale del padre non possa essere oggetto dell'esercizio delle ragioni dei creditori, perchè ciò si troverebbe in contraddizione cogli interessi del figlio quanto

---

(1) V. Marcadé, Aubry et Rau, Pont, Buniva, l. c.
(2) V. Demolombe, t. VI, n. 528; Borsari, § 527-528.

all'amministrazione dei suoi beni, e cogli oneri di cui l'usufrutto è gravato, non si vede come questi inconvenienti si evitino del tutto coll'ammettere che si sottopongano ad esecuzione forzata i frutti ancora pendenti, le rendite non ancora percette. L'amministrazione paterna non mancherebbe certamente di soffrire turbamento, e si verificherebbero qui pure difficoltà e contestazioni nel determinare qual parte dei frutti o delle rendite fosse necessario serbare per sopperire agli oneri inerenti all'usufrutto. Gl'inconvenienti sarebbero certo minori, perchè non si riferirebbero all'usufrutto in sè e per tutta la sua durata; ma non sarebbero rimossi del tutto. Per seguire fino all'ultimo il principio adottato, non v'è proprio altra via che limitare il diritto dei creditori ad esercitare le loro ragioni sui frutti già percetti, in quanto siano sopravvanzati all'adempimento degli oneri imposti all'usufrutto.

Per coloro, all'opposto, i quali ritengono alienabile anche l'usufrutto legale, al pari dell'ordinario, salvo sempre l'inerenza dei *pesi* indicati nell'art. 230 cod. civ., non può essere dubbio il diritto dei creditori di sottoporre ad esecuzione forzata anche l'usufrutto stesso spettante al loro debitore sui beni del figliuol suo. Se quell'usufrutto è suscettibile di cessione, lo può essere non meno per via di espropriazione forzata che di alienazione volontaria; se è un'attività patrimoniale d'interesse puramente privato e pecuniario del genitore, è dunque compresa, come ogni altro bene di lui, nella guarentia generale spettante ai suoi creditori secondo il disposto dell'art. 1948 cod. civ. Certo è che non potendo i creditori esercitare sui beni del debitore diritti maggiori di quelli che a lui stesso appartengono, e nel caso l'usufrutto sul quale essi fanno valere le loro ragioni essendo gravato di speciali oneri stabiliti dalla legge, questi dovrebbero essere rispettati, imponendoli ugualmente a chi divenisse aggiudicatario dell'usufrutto. E quanto alla estensione di tali oneri, ed alle cautele opportune nello interesse del figlio, provvederebbe equamente, in caso di

contestazione, l'autorità giudiziaria. Che se tale risultasse l'importanza di questi carichi da superare od eguagliare l'utilità dell'usufrutto, sarebbe caso di mancanza d'interesse da parte dei creditori; e la loro azione, che non può esercitarsi se non pel conseguimento di quanto è loro dovuto, e quindi sopra un'attività reale del patrimonio del loro debitore, non avrebbe più nemmeno oggetto.

Per questo duplice rispetto non potrebbe allora aver luogo il procedimento di esecuzione forzata (1).

Seguendo poi lo stesso ordine d'idee, che abbiamo manifestato in riguardo all'alienazione volontaria, riterremmo anche qui che i creditori del genitore potessero bensì procedere esecutivamente non tanto sovra i frutti, quanto sul diritto medesimo di usufrutto legale spettante al loro debitore *in determinati beni* del figlio, ma non potessero mai far espropriare il *diritto universale di usufrutto*, tanto pei beni che attualmente vi fossero soggetti quanto per quelli che in avvenire potessero esservi sottoposti; poichè così sarebbe direttamente colpito dalla procedura di esecuzione l'attributo stesso della patria potestà per trasmetterlo all'aggiudicatario, ciò che non è ammissibile.

252. Entrando ora nell'esame particolare delle regole dettate dal nostro codice in questa importante materia, dobbiamo fare oggetto de' nostri studi i seguenti punti:

1° quali siano le persone a cui l'usufrutto legale è attribuito;

2° quali beni del figlio siano soggetti all'usufrutto medesimo;

3° quali diritti ne derivino all'usufruttuario;

4° quali speciali obbligazioni gl'incombano;

5° per quali cause particolari l'usufrutto legale finisca.

---

(1) V. Laurent, l. c.

A) *A chi appartenga l'usufrutto legale.*

Sommario. — 253. L'usufrutto appartiene di diritto al padre e alla madre, ed è esercitato da quello di essi che esercita la patria potestà. — 254. Dell'usufrutto spettante al padre. — 255. Dell'usufrutto spettante alla madre. — 256. Casi eccezionali in cui l'usufrutto può appartenere alla madre, nonostante che la patria potestà sia esercitata dal padre.

253. Essendo l'usufrutto legale un attributo della patria potestà, deve seguirne logicamente che anche di quel diritto appartenga il godimento sì al padre che alla madre; l'esercizio durante il matrimonio ne spetti al padre, e alla madre quando egli non possa esercitare la patria potestà, e, sciolto il matrimonio, spetti al genitore superstite (arg. art. 220 cod. civ.). Con questo concetto concordano infatti i testi del nostro codice; il quale, dopo aver dichiarato nell'art. 228 che *il padre ha l'usufrutto dei beni del figlio minore e non emancipato*, ed avere regolato colle successive disposizioni l'usufrutto medesimo, soggiunge poi nell'art. 231: “ *Le disposizioni dei precedenti articoli sono appli-* “ *cabili alla madre che esercita la patria potestà* „. Secondo questa regola anche la madre, come il padre, ha dunque l'usufrutto dei beni del figlio; solo l'esercizio di tale diritto non è attivo in favore di lei se non quando sia sciolto il matrimonio, o durante questo sia a lei stessa conferito, a termini di legge, l'esercizio ancora della patria potestà. Ciò ha suggerito a qualche scrittore il concetto che l'usufrutto legale sia indissolubilmente legato *all'esercizio della patria potestà*, e ne dipenda per modo che quel genitore il quale per qualsiasi causa non eserciti la patria potestà non possa nemmeno godere dell'usufrutto (1): concetto fallace — tale almeno sembra a noi — e che, come vedremo nei numeri successivi, ha condotto a conseguenze non meno erronee sovra qualche punto d'importanza non lieve.

(1) V. Buniva, op. cit., n. 175-176.

In materia d'usufrutto legale tutto deve dipendere necessariamente dalla legge positiva. Ora, dov'è il testo in cui sia stabilita questa massima, che il genitore non possa mai godere dell'usufrutto sui beni del figlio se non eserciti effettivamente su lui la patria potestà? Al contrario, l'articolo 228 ci dice che: " Il padre ha l'usufrutto dei beni che " provengono al figlio da successione, donazione o da qua- " lunque altro titolo lucrativo, e lo conserva fino a che il " figlio sia emancipato od abbia raggiunto l'età maggiore ". Non una parola con cui si accenni alla necessità che il padre eserciti realmente la patria potestà. Possiamo noi aggiungere alla legge questa condizione ch'essa non stabilisce? Certamente, richiedendosi che il figlio sia *minore non emancipato*, si suppone che il padre abbia il *godimento del diritto di patria potestà*. Ciò d'altronde è indispensabile, per la ragione stessa che l'usufrutto legale non è che *un attributo della patria potestà*. Epperò se per l'*assenza dichiarata* del padre siasi aperta, a tenore dell'art. 241, la tutela del figlio, non potrà certo immaginarsi che i beni di quest'ultimo rimangano tuttora soggetti all'usufrutto legale a vantaggio dei possessori dei beni dell'assente; e se anche il padre, non assente, sia privato della patria potestà per effetto di condanna penale, e non vi sia la madre a cui, secondo l'art. 231, debba passare l'usufrutto legale, questo si consoliderà colla proprietà a benefizio del figlio. Ma può anche darsi che a favore del padre *continui il godimento* della patria potestà, della quale però *manchi l'esercizio*, o per assenza non dichiarata ma solamente presunta, o per interdizione giudiziale, o per altra causa qualsiasi, di fatto o di diritto. Prescindiamo per ora dall'ipotesi che l'esercizio medesimo della patria potestà, e con esso quello dell'usufrutto legale, giusta il precitato art. 231, passi alla madre; e supponiamo questa premorta o posta essa pure nella impossibilità di esercitare la patria potestà. Diremo che per ciò solo che il padre non ha questo esercizio, quantunque conservi il godimento della patria potestà, siasi estinto l'usufrutto legale a benefizio

del figlio? Evidentemente aggiungeremmo così alla legge, che mentre negli articoli 228, 232 e 233 ha indicate le diverse cause per le quali può estinguersi l'usufrutto legale, non ha contemplato tra esse questa, che consisterebbe nella cessazione dell'esercizio della patria potestà; e nell'art. 228, ha bensì supposto che il padre abbia il godimento della patria potestà, di cui l'usufrutto legale non è che un attributo, ma non ha richiesto che ne abbia anche di fatto e di diritto l'esercizio. Eppure quando la legge ha voluto questa condizione non ha mancato di esprimerlo, come fece nell'art. 243 in ordine alla nomina del tutore testamentario, e nell'art. 311, § 1, rispetto all'emancipazione.

Uguali considerazioni possiamo fare quanto alla madre: poichè ad essa pure dall'art. 231 sono dichiarate applicabili *le disposizioni dei precedenti articoli*, tra le quali quella dell'art. 228. È vero che qui la legge si riferisce espressamente al caso che *la madre eserciti la patria potestà*. Ma non possiamo intendere per questo che di tale esercizio siasi voluto farne sempre una condizione indispensabile per la madre, affinchè ella possa godere dell'usufrutto, mentre una tale condizione non è stata richiesta pel padre. Il perchè siasi in questo luogo fatta menzione dell'esercizio della patria potesta, è facile a comprendersi. Il legislatore si proponeva di determinare con una massima generale i casi nei quali *anche durante il matrimonio* l'esercizio dell'usufrutto legale potesse spettare alla madre a preferenza del padre. Vi soddisfece col dichiarare che ciò avverrebbe ogni volta che a termini dell'art. 220 dovesse passare alla madre l'esercizio stesso della patria potestà; e così disponendo si manteneva perfettamente coerente ai principii fondamentali che aveva adottato. Dell'usufrutto legale essendosi fatto un attributo della patria potestà, era logico che tra i due genitori, ai quali è ugualmente attribuito *il godimento di essa*, chi ne avesse inoltre l'esercizio fosse parimente preferito nell'esercitare l'usufrutto. Ma da questo allo stabilire che l'esercizio effettivo della patria potestà formi sì per l'uno

che per l'altro dei genitori una condizione indispensabile sempre pel godimento dell'usufrutto, e che, ad esempio, in caso di scioglimento del matrimonio il genitore superstite, a cui l'usufrutto appartiene, debba cessare dal fruirne ognorachè per un ostacolo qualunque o di fatto o di diritto sia impedito temporaneamente dall'esercitare la patria potestà stessa, il passo è per verità molto grande; nè questo passo è stato segnato dalla legge con nessuna disposizione che anche solo indirettamente vi accenni. Prevediamo un'obbiezione che potrà farsi, e non ne disconosciamo l'importanza. I motivi principali, che gli autori del nostro codice addussero per giustificare la istituzione dell'usufrutto legale, sono il compenso da darsi alle cure dell'educazione del figlio affidata al genitore, e la convenienza di liberare quest'ultimo dalla necessità di render conto delle rendite provenute dai beni del figlio stesso. Questi motivi cessano affatto qualora il genitore non eserciti realmente la patria potestà, ed è quindi giusto e coerente ch'egli allora non goda neppure dell'usufrutto. A noi veramente parvero insufficienti quei motivi, e ne accennammo altri, il cui fondamento ci sembrava più sicuro, e la cui efficacia non cesserebbe davvero per la sola circostanza che l'esercizio della patria potestà fosse temporaneamente impedito al genitore, conservandone egli tuttora il godimento (1). Ma prescindendo anche da ciò, è troppo certo che i motivi della legge devono essere consultati per interpretarla in ciò che contenga di dubbio, ma non possono valere per creare disposizioni che non esistono, facendo la parte di legislatore sotto pretesto di applicare nella loro più completa estensione gl'intendimenti che guidarono lui. E qui appunto, sotto questa specie d'interpretazione, in una materia che è di esclusiva creazione della legge e non può dipendere che dalle espresse disposizioni di essa, verremmo a costituire arbitrariamente una causa speciale di decadenza dall'usufrutto legale, rite-

(1) V. sopra, n. 246, pag. 640 e seg.

nendo che dovesse cessarne il godimento effettivo quando mancasse nel genitore l'esercizio della patria potestà, il che non è punto dichiarato dalla legge.

Del resto lo stesso articolo 231, nel secondo suo paragrafo, ci porge dimostrazione evidentissima che il legislatore non abbia inteso di legare indissolubilmente l'esercizio dell'usufrutto a quello della patria potestà; poichè concede il godimento dei beni del figlio alla madre, in casi nei quali l'esercizio della patria potestà appartiene tuttavia al padre. Ciò prova che quando nel precedente paragrafo si limita per la madre stessa l'esercizio del diritto di usufrutto al caso in cui ella eserciti la patria potestà, non è perchè l'uno di questi esercizi debba, nel concetto del legislatore, congiungersi inseparabilmente all'altro, e da esso dipendere e non potersi verificare senza di esso; ma solo perchè *nei rapporti tra i due genitori* è naturale che quello a cui è dato l'esercizio della patria potestà eserciti a preferenza dell'altro anche l'usufrutto legale.

Dopo di che crediamo di poter ritenere stabilito con sufficiente sicurezza il nostro principio: che l'usufrutto legale dipende veramente, non dal reale esercizio, ma dal godimento del diritto di patria potestà; che l'esercizio di questa serve soltanto *a determinare la preferenza tra i due genitori nel godimento effettivo dell'usufrutto;* che per ciascuno dei genitori separatamente può stare ancora l'esercizio dell'usufrutto legale, nonostante l'esistenza di cause le quali impediscano temporaneamente l'esercizio della patria potestà.

Di tutto questo vedremo nei numeri successivi qualche applicazione, da cui ne risulterà più palese l'importanza, e ne sarà nel medesimo tempo confermata anche meglio la massima.

Frattanto passiamo a considerare in altro aspetto l'attribuzione di questo usufrutto legale. Qualche autore ha immaginato che affinchè il genitore ne fosse realmente investito, ed assumesse quindi gli obblighi corrispondenti

ai diritti che ne derivano, fosse necessaria un'accettazione, almeno tacita, da parte dell'usufruttuario. Indicammo altrove le ragioni per le quali questa idea non è ammissibile. Nell'usufrutto dipendente dalla patria potestà non può concepirsi nulla di contrattuale; tutto è opera della legge, così i benefizi come gli oneri che vi vanno congiunti, e ne sono le conseguenze e gli accessorii. In ciò solo vi ha parte la volontà del genitore, ch'egli può sempre rinunziare ai benefizi, e liberarsi conseguentemente dagli oneri; lo può anche dopo avere approfittato per un tempo dell'usufrutto; lo può anche quando i vantaggi siano superati dai carichi, e la rinunzia abbia appunto lo scopo di non sottostare ad una differenza passiva.

Conformemente a questi principii la dottrina in generale ammette infatti senza contestazione che l'usufrutto legale spetti al genitore di *pieno diritto*, senza bisogno che intervenga nessun atto di accettazione nè espressa nè tacita. Vi è forse bisogno di un'accettazione qualsiasi affinchè il genitore sia legalmente investito degli attributi della patria potestà? Non può essere diversamente per questo, che è pure uno fra tali attributi, e come tutti gli altri è pur esso deferito per virtù diretta ed immediata della disposizione della legge.

254. Per le cose esposte nel numero precedente riesce agevole la determinazione dei casi nei quali spetti al padre l'esercizio dell'usufrutto legale. Durante il matrimonio il godimento dei beni del figlio — finchè questi non sia emancipato o non abbia raggiunto l'età maggiore — appartiene al padre; come a lui, a preferenza della madre, è attribuito, secondo l'art. 220, § 3, l'esercizio di qualunque attributo della patria potestà. Ma allora può cessare pel padre quel godimento, non solo quando per condanna penale sia privato assolutamente del diritto stesso di patria potestà, ma quando ancora per *assenza semplicemente presunta* o per *interdizione giudiziale* ne cessi

per lui l'*esercizio* soltanto, perchè in questo esercizio dovendo in tali casi subentrare la madre (art. 47, 220, § 3, cod. civ.), le si devolve eziandio l'usufrutto, secondo il disposto dell'art. 231, § 1.

Sciolto che sia il matrimonio per la premorienza della madre, continua ad esercitare l'usufrutto legale il padre, purchè non passi ad altre nozze (art. 232 cod. civ.). E questo suo diritto non cessa allora se non per le cause per le quali finisca, a termini di legge, la patria potestà, o si estingua — come nel caso dell'art. 233 — l'usufrutto stesso. Ma se invece si trattasse di cause, come l'assenza presunta o la interdizione giudiziale, le quali impedissero soltanto l'*esercizio* attuale della patria potestà, senza toglierne assolutamente al padre il diritto, l'usufrutto legale continuerebbe in favore di lui, non si estinguerebbe, non si consoliderebbe colla proprietà a benefizio del figlio. Questa ultima massima è un'applicazione del principio, che ci parve dimostrato nel numero precedente; non doversi riguardare l'esercizio dell'usufrutto legale come inseparabilmente dipendente dall'esercizio della patria potestà, ma solo dal godimento di essa, sicchè quand'anche il genitore non possa temporaneamente esercitarla per qualsiasi ostacolo di fatto o di diritto, ma non sia assolutamente privato del diritto stesso di patria potestà, continui tuttavia ad esercitare l'usufrutto legale predetto.

A conforto della quale opinione possiamo addurre l'autorità d'un celebre giureconsulto, che solo, per quanto sappiamo, tra gli autori francesi ha preso a considerare questo punto speciale. Veramente egli ne ha parlato sotto un aspetto in parte diverso; non supponendo, come noi ora, lo scioglimento del matrimonio, e la cessazione dell'esercizio della patria potestà nel genitore superstite, ma facendo invece il caso che durante il matrimonio ambidue i genitori siano privati di quell'esercizio. Tuttavia la questione non cangia punto del suo carattere. Si tratta ugualmente di decidere se al genitore, al quale spetterebbe l'usu-

frutto legale, lo perda per ciò solo che *cessi dall'esercizio della patria potestà*, o se gli basti di avere ancora il godimento di questa per poter conservare l'usufrutto. Inoltre l'autore propone anche l'ipotesi — coincidente sostanzialmente colla nostra — che uno dei coniugi — il padre — sia *assolutamente privato del diritto* di patria potestà, e l'altro — la madre — ne abbia *perduto soltanto l'esercizio*, conservandone però il godimento; e dà la stessa decisione, che è la seguente:

" Se i coniugi, *senza essere decaduti dal diritto* di patria
" potestà, siano *ambidue privati dell'esercizio* di essa, l'usu-
" frutto appartiene ancora al padre per preferenza di sesso,
" nè si devolverebbe alla madre se non quando *il padre*
" *perdesse il diritto stesso*. Che se amendue lo perdessero,
" si verificherebbe allora l'estinzione assoluta dell'usu-
" frutto „ (1).

Dobbiamo però registrare l'opinione contraria d'un espositore del codice nostro. Parla egli del caso che l'esercizio della patria potestà spetti alla madre, secondo l'art. 220; e supponendo che la madre stessa venga interdetta giudizialmente, dice che *si opererebbe la consolidazione dell'usufrutto legale colla proprietà;* ma la stessa massima dovrebbe inevitabilmente applicarsi al caso in cui essendo sciolto il matrimonio per la premorienza della madre, fosse il padre che venisse interdetto. In nota è aggiunta dall'autore la seguente spiegazione:

" Può sembrare dura la perdita dell'usufrutto per inter-
" dizione, ma sembra inevitabile in presenza della dispo-
" sizione assoluta dell'art. 231. E quando sia ammesso che
" il padre lo perda anche per interdizione giudiziale, non
" può impedirsi che per la stessa cagione lo perda la
" madre. Del resto la durezza di questa disposizione e sua
" inevitabile conseguenza resta mitigata dall'obbligo della

---

(1) V. Marcadé, art. 384, § II, t. II, n. 155.

„ moglie e dei figli di concorrere al mantenimento del „ marito e dei genitori „ (1).

E se fosse vero che il padre, quando fosse sottoposto ad interdizione giudiziale, dovesse assolutamente *perdere il diritto* d'usufrutto legale, l'autore avrebbe perfetta ragione di dire che nel medesimo caso e per identico motivo dovesse perderlo anche la madre. Senonchè reputiamo non vera la premessa, e superfluo il cercare coll'egregio scrittore una scusa, in verità poco soddisfacente, alla durezza d'una disposizione, che non è nella legge, ma è creata soltanto, a veder nostro, da un modo inesatto d'interpretarne il dettato. Perchè l'art. 231 stabilisce che la madre goda dell'usufrutto legale semprechè ella eserciti la patria potestà, si dice *inevitabile il ritenere privato il padre dell'usufrutto medesimo se sia interdetto giudizialmente.* Ma altro è che tra i genitori sia preferito nell'esercizio dell'usufrutto legale, che ad ambidue è attribuito, quello di essi che eserciti anche gli altri attributi della patria potestà — ed è unicamente questo che è detto nel § 1 dell'art. 231 — altro è che il genitore, nel quale solo sia ridotto il godimento dell'usufrutto, abbia a perderlo assolutamente — sicchè ne avvenga la consolidazione colla proprietà a benefizio del figlio — qualora conservando il diritto di patria potestà sia solo impedito dall'esercitarla per causa d'interdizione. L'una cosa non implica l'altra; nè sono identici i motivi di decidere. Noi procurammo nel numero precedente di mettere in evidenza le ragioni per le quali ci sembra stabilito che l'usufrutto legale non dipenda veramente dall'esercizio, ma dal godimento della patria potestà; che quindi, eccettuato il caso previsto dalla speciale disposizione dell'articolo 231, § 1, in cui l'esercizio della patria potestà e con esso quello dell'usufrutto legale passi dal padre alla madre, non sia del resto ammissibile che tale usufrutto cessi nel genitore, in cui solo siasi ridotto il

---

(1) V. PACIFICI-MAZZONI, *Ist.*, lib. I, n. 551, nª 2, pag. 382.

godimento della patria potestà, se anche glie ne sia temporaneamente impedito l'esercizio.

Riferendoci alle ricordate considerazioni, e parendoci inattendibili quelle che furono addotte in senso contrario, crediamo di poter confermare la massima già enunciata: che, cioè, il padre, rimasto solo investito della patria potestà allo sciogliersi del matrimonio, conservi il diritto d'usufrutto legale sui beni del figlio soggetto alla potestà stessa, nonostante che per assenza presunta, per interdizione giudiziale o per qualunque altro ostacolo di fatto o di diritto, cessi temporaneamente dall'esercizio della patria potestà. — Rispetto all'assenza parlammo del solo caso in cui essa fosse semplicemente presunta; poichè *se fosse dichiarata, si aprirebbe la tutela* del figlio (art. 241 cod. civ.), epperò cessando necessariamente *il diritto* di patria potestà, non il solo esercizio di essa, diverrebbe impossibile il sopravvivere dell'usufrutto, che quindi verrebbe a consolidarsi colla proprietà a vantaggio del figlio; salvochè, se il padre ritornasse, il figlio ricadrebbe sotto alla patria potestà di lui, e quindi si ripristinerebbe anche il diritto d'usufrutto. Ma quando invece l'assenza fosse semplicemente *presunta*, non aprendosi la tutela, facendosi luogo soltanto a provvedere alla *cura dei figli* col mezzo d'un tutore temporaneo (art. 47 cod. civ.), non essendo dunque estinto il diritto di patria potestà, ma solo mancandone temporaneamente l'esercizio, ciò non impedirebbe che l'usufrutto legale si mantenesse.

255. Da quanto abbiamo già detto intorno al nostro articolo 231 riesce agevole lo stabilire in quali casi appartenga alla madre l'esercizio dell'usufrutto legale sui beni del figlio minore non emancipato. Durante il matrimonio ella non esercita quell'usufrutto se non quando il padre, in conseguenza di condanna penale, abbia perduto il diritto stesso di patria potestà; o quando per assenza, per interdizione giudiziale o per qualunque altra causa egli non possa esercitarla; o quando anche, senza essere decaduto

veramente dal diritto, nè aver cessato dall'esercizio della patria potestà, il padre sia però privato, per cause a lui personali, del diritto medesimo d'usufrutto.

Quando sia sciolto il matrimonio per la premorienza del padre, la madre esercita pure l'usufrutto, purchè ella non passi ad altre nozze, e fino a quando non si estingua in lei il diritto di patria potestà, o la perdita speciale dell'usufrutto medesimo le sia inflitta a norma del disposto dall'articolo 233.

Sì durante il matrimonio che dopo lo scioglimento di esso l'usufrutto legale, di cui la madre fosse rimasta investita, non cesserebbe, non si consoliderebbe colla proprietà per la sola circostanza che in causa di assenza presunta, d'interdizione giudiziale o di qualunque altro ostacolo di fatto o di diritto, le fosse temporaneamente impedito l'esercizio della patria potestà. Intorno a ciò non avremmo che a ripetere le considerazioni già esposte nei due numeri precedenti, alle quali ci riferiamo.

Noteremo soltanto che quando per caso si verificasse l'assenza presunta o l'interdizione giudiziale anche della madre, dopo quella del padre, dovrebbe ritornare al patrimonio di quest'ultimo l'usufrutto legale dei beni del figlio; poichè, se quest'usufrutto erasi devoluto alla madre, era solo in contemplazione dell'esercizio da lei assunto della patria potestà; e cessata la causa deve pur cessare l'effetto. È la massima insegnata dal *Marcadé* nel brano che sopra riferimmo del rinomato suo Commentario: nè vediamo ragioni per dissentire da quell'opinione.

Il nostro articolo 231, più volte citato, e di cui già sopra riferimmo la prima parte, ha recato un'innovazione importante, a confronto del codice Napoleone e dei codici italiani che lo avevano imitato.

Il codice Francese si limitava a dichiarare nell'art. 384: “ *Il padre durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento di* “ *esso, il superstite fra i genitori, avrà l'usufrutto dei beni* “ *dei suoi figli* „. Ne nacque il dubbio se la madre potesse

mai *durante il matrimonio stesso* godere dell'usufrutto legale, quando il padre si trovasse nella impossibilità di esercitare la patria potestà a cagione, per esempio, di assenza o d'interdizione, o quando per condanna penale egli fosse decaduto dai proprii diritti sulla persona e sui beni del figlio.

Qualche autore sostenne vivamente l'opinione favorevole alla madre (1); ma tutti gli altri ritennero in contrario che durante il matrimonio l'usufrutto legale dei beni del figlio non potesse appartenere che al solo padre, e se questi rimanesse privo per qualunque causa *del godimento stesso del diritto di patria potestà*, si estinguesse a benefizio del figlio l'usufrutto legale, e la madre non potesse acquistarlo se non *dal giorno in cui avvenisse lo scioglimento del matrimonio* (2).

Alcuni di questi ultimi, però, prendendo a considerare anche l'altro caso che il padre rimanesse privo soltanto dell'*esercizio* della patria potestà, conservandone tuttavia *il diritto* — come poteva avvenire quando il padre fosse *presunto assente o interdetto* — persistevano bensì nel negare anche allora il passaggio del diritto d'usufrutto alla madre, ma dicevano che tale diritto *continuerebbe ad appartenere al padre*, nonostante che egli non esercitasse la patria potestà (3).

Per noi la questione è risolta dal testo dell'art. 231 più volte citato; risolta nel senso che era respinto dalla grande maggioranza degli scrittori francesi, ma che tuttavia, pei motivi accennati nel numero precedente, parve più conforme ai principii. Nè è più possibile revocarsi in dubbio, secondo la nostra legislazione, che la madre subentra al

---

(1) V. Marcadé, art. 141, § II, t. I, n. 493; art. 384, § II, t. II, n. 155; Laurent, t. IV, n. 325; t. V, n. 302.

(2) V. Toullier, t. II, n. 1064; Valette sur Proudhon, t. II, chap. V, sect. III, pag. 262, nª (*a*); Duranton, t. III, n. 380-384; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 6; Demolombe, t. VI, n. 482-484.

(3) V. Aubry et Rau, l. c., n. 4; Demolombe, l. c., n. 483.

padre nell'esercizio dell'usufrutto legale, non solo quando per la morte di lui sia avvenuto lo scioglimento del matrimonio, o il padre sia stato *dichiarato assente*, o per condanna penale sia incorso nella *perdita del diritto di patria potestà;* ma quando pure *per assenza solamente presunta*, per interdizione o per altra causa, cessando il padre *dall'esercizio* della potestà stessa, lo assuma la madre. Anzi il nostro articolo 231, nel secondo paragrafo, ammette che quando pure continui il padre nell'esercizio della patria potestà, ma per cause personali sia escluso soltanto dall'usufrutto legale, questo debba passare alla madre. Di quest'ultima disposizione riserbiamo lo speciale commento pel numero successivo. Intanto però a schiarimento di tutto l'insieme della disposizione, ed a più particolare spiegazione della prima parte di essa, reputiamo non inutile riferirne l'origine e le discussioni a cui diede luogo.

Nei progetti pel codice civile era stata usata una formola assai diversa e più limitata. L'art. 203 del progetto ministeriale diceva:

" Nel caso di morte, di assenza presunta o dichiarata
" del padre, o di condanna penale che lo abbia privato
" della patria potestà, l'usufrutto legale passa alla madre ".

Nel corrispondente articolo 245 del progetto modificato dalla Commissione senatoria fu apportata una sola variazione, sopprimendo quella parola — *presunta* — e menzionando soltanto l'*assenza dichiarata*.

" Un'altra modificazione — così scriveva l'illustre rela-
" tore della Commissione senatoria — si apportò all'arti-
" colo 203 del progetto, sostituendo l'assenza *dichiarata*
" all'assenza soltanto *presunta* del padre, fra le cause per
" cui l'usufrutto legale passa alla madre.

" Non parve consentaneo alle regole stabilite sulla con-
" dizione giuridica degli assenti l'attribuire questo effetto
" alla semplice presunzione di assenza, la quale, non dando
" luogo che a provvedimenti conservatorii, in nulla muta
" lo stato dell'assente circa il godimento dei suoi beni e

" l'esercizio dei suoi diritti. E sebbene egli cessi di soste-
" nere le cure della patria potestà, tuttavia potendo da un
" momento all'altro ritornare, non sarebbe conveniente di
" spogliarlo tosto con soverchio rigore di un diritto che
" potrebbe fra breve dovergli essere restituito. Del resto,
" la madre subentrando nell'esercizio della patria potestà
" per l'assenza presunta del padre, amministrerà i beni
" soggetti all'usufrutto legale, ed avrà anche il diritto
" e il dovere di rivolgerne i proventi a vantaggio della
" famiglia „ (1).

Riportammo queste parole, non tanto perchè vi troviamo autorevolissimo appoggio alle teorie che esponemmo in fine del numero precedente intorno alla distinzione tra i casi di *assenza presunta* e di *assenza dichiarata* del padre, quanto perchè ci tornerà utile il ricordarle procedendo oltre nella interpretazione dell'articolo 231 del codice, per quanto in esso sia stato modificato il corrispondente articolo 245 del progetto senatorio.

" Intorno a questo articolo — così si legge nei processi
" verbali della Commissione coordinatrice — un commis-
" sario (*Bartalini*) osserva che il medesimo è incompleto,
" in quanto che non contempla tutti i casi nei quali cessa
" l'usufrutto del padre, come, ad esempio, quelli di cui agli
" articoli 247 (art. 233 del codice) e 746 (art. 728 del
" codice), mentre essendovi identità di ragione anche in
" questi casi, deve l'usufrutto legale passare alla madre;
" propone di adottare una redazione che li abbracci.

" La proposta non incontrando opposizione, ed essendo
" anzi appoggiata da altri (*Pisanelli*, *De-Foresta* e *Niutta*),
" la Commissione delibera di aggiungere in quell'articolo,
" dopo l'enumerazione dei tre casi ivi specificati, un inciso
" in cui si stabilisca che — *in tutti gli altri casi in cui il*
" *padre sia dalla legge inabilitato a conservarlo, l'usufrutto*
" *legale passa alla madre*, — incaricando il segretario già

---

(1) V. Relazione VIGLIANI, pag. 74-75.

" delegato per le redazioni di testo, di proporre una nuova
" formola del detto articolo anche in correlazione alle
" deliberazioni di sistema precedentemente adottato dalla
" Commissione „ (1).

Questa formola, proposta e adottata quale ora si legge nell'art. 231, non corrisponderebbe invero esattamente al concetto come sopra manifestato dalla Commissione coordinatrice. La quale si limitava a volere che l'usufrutto legale passasse alla madre — *in tutti i casi in cui cessi l'usufrutto del padre* — nei casi, cioè, oltre quello di *morte*, di *assenza dichiarata* di lui, di *condanna penale* per cui sia incorso nella perdita della patria potestà, di *abuso* pel quale gli sia inflitta la privazione dell'usufrutto legale, secondo l'art. 233, d'*indegnità a succedere* per la quale sia escluso dall'usufrutto dei beni devoluti al figlio, a norma dell'art. 728; mentre nell'art. 231 si è spinta assai più innanzi la massima, ammettendo il passaggio dell'usufrutto legale alla madre, ogni volta che a lei appartenga l'*esercizio* della patria potestà, quantunque pertanto di questo solo sia privato il padre, e non *del godimento del diritto stesso* di patria potestà, o di quello dell'usufrutto legale. Siamo ben lontani dall'intendere di censurare questo nuovo concetto, che, anzi, per le ragioni già esposte ci sembra perfettamente conforme ai principii. Diciamo che il pensiero definitivamente accolto fu più largo di quello manifestato nella discussione; e a fronte del testo è ormai impossibile dubitare che l'usufrutto legale passa alla madre, non solo quando pel padre sia *assolutamente cessato il diritto* di patria potestà o quello di usufrutto, ma quando ancora non potendo egli *esercitare* la patria potestà pur conservandone *il godimento* — come sarebbe nei casi di *assenza semplicemente presunta* o d'*interdizione giudiziale* — quello esercizio spetti intanto alla madre.

Veramente a primo aspetto potrebbe sorgere il dubbio

(1) V. Proc. verb., n. 14, § V, pag. 154.

se la disposizione del § 1 dell'art. 231 fosse applicabile unicamente ai casi nei quali per una *causa di diritto* cessasse nel padre l'esercizio della patria potestà, od anche alle *cause di fatto* che producessero ostacolo a quell'esercizio. E per la prima opinione potrebbero invero far propendere le parole con cui la Commissione coordinatrice delineò il proprio concetto, dicendo che l'usufrutto legale dovesse passare alla madre *in tutti i casi in cui il padre fosse dalla legge inabilitato a conservarlo.* Senonchè, ammesso pure che fosse stata allora così ristretta l'idea della Commissione, come lo accennavano le espressioni da essa adottate, è certo però che anche in questa parte, come nel resto, si ampliò dopo il concetto, stabilendo in termini generali ed assoluti che l'usufrutto legale spettasse alla madre *ogni qualvolta essa esercitasse la patria potestà*, il che può verificarsi tanto se da tale esercizio abbia cessato il padre per una *causa di fatto*, quanto per una *causa di diritto.*

Resta però da dover considerare altre distinzioni tra le cause per le quali manchi nel padre l'esercizio della patria potestà e passi pertanto alla madre; potendo ciò avvenire, come a luogo opportuno accennammo, o per ostacoli *permanenti* o *temporanei;* o per ostacoli tali da far cessare *completamente* l'esercizio della patria potestà, o tali da impedirlo solo *parzialmente e per atti determinati* (1). Studiando in questi diversi aspetti le applicazioni possibili del disposto della prima parte dell'art. 231, potremo formarci idee complete intorno alla sua estensione.

Per ciò che riguarda le *cause di diritto*, le quali, avendo tolto in modo generale e permanente l'esercizio della patria potestà al padre, l'abbiano fatto passare, a norma di legge, alla madre — come avviene nel caso che il padre sia stato interdetto giudizialmente (2) — non è contestabile, come replicatamente avvertimmo, l'applicabilità dell'art. 231, § 1,

---

(1) V. sopra, n. 157, pag. 338.
(2) V. sopra, n. 158, pag. 339.

e il conseguente passaggio dell'usufrutto legale alla madre. Ma qualche difficoltà può incontrarsi rispetto a quelle altre cause di diritto, da cui non derivi pel padre la privazione dell'esercizio della patria potestà per tutti in generale gli attributi di essa, ma quell'esercizio gli sia tolto parzialmente e per alcuni atti soltanto. Così vedemmo verificarsi quando per condanna a pena temporaria di reclusione il padre sia in istato d'interdizione legale. In tal caso, dicemmo, egli non è privato, durante l'interdizione, dell'esercizio di tutti gli attributi della patria potestà, ma per quello solo che riguarda l'amministrazione dei beni del figlio, nella quale gli subentra la madre secondo il disposto dell'art. 220, § 3 (1). Avrà questa allora anche l'usufrutto legale a termini dell'art. 231, § 1? Potrebbe dubitarsene, perciocchè l'esercizio della patria potestà da parte della madre non sia allora generale e completo; ma limitato a ciò che riguarda il governo dei beni del figlio. Tuttavia non dobbiamo dimenticare che i motivi considerati dagli autori del nostro codice, come giustificanti la concessione dell'usufrutto legale, erano questi due: di dare al genitore una specie di compenso per le cure affidategli nell'interesse del figlio, e di non obbligare il genitore stesso a render conto delle rendite. Ora nel caso figurato questi motivi cessano di verificarsi pel padre, e convergono invece alla madre, alla quale incomberanno di fatto anche le cure della educazione stessa del figlio, quantunque egli non abbia cessato in diritto d'essere soggetto alla potestà del padre. Sembra pertanto che anche a questa specialità debbasi ritenere applicabile l'art. 231, § 1.

Un altro caso, in cui potrebbe nascere qualche incertezza, sarebbe quando per abusi commessi dal padre nell'esercizio della patria potestà il tribunale avesse provveduto a norma dell'art. 233. Se il padre fosse per tal causa *privato dell'usufrutto*, vi subentrerebbe senza dubbio la

(1) V. sopra, n. 159, pag. 341.

madre per disposizione testuale dell'art. 231, § 2. Ma a noi parve che il tribunale possa anche, togliendo al padre l'esercizio dell'autorità sua sulla persona del figlio, lasciarlo invece alla madre (1). E se così fosse ordinato, senza dichiarare espressamente che il padre fosse privato dell'usufrutto legale, crederemmo potersi ciò non ostante sostenere che l'usufrutto medesimo dovesse passare alla madre per sola virtù della disposizione dell'art. 231, § 1, poichè la madre eserciterebbe effettivamente la patria potestà, e sarebbero poste a carico di lei quelle cure di educazione del figlio, delle quali, a ragione o a torto, fu considerata come un compenso la concessione dell'usufrutto. Tuttavia, siccome l'art. 233 ammette come due provvedimenti affatto distinti quello di togliere al padre l'autorità sulla persona del figlio, e quello di privarlo dell'usufrutto legale, sicchè può continuare in questo nonostante che sia nominato un tutore alla persona del figlio, parrebbe quindi prudente che anche quando la cura del figlio fosse lasciata alla madre, invece di nominare un tutore, il tribunale pronunziasse esplicitamente se intendesse usare della facoltà attribuitagli dall'articolo 233 privando il padre anche dell'usufrutto, che in tal caso passerebbe senz'altro alla madre per virtù dell'art. 231, § 2.

Occupiamoci ora delle cause di fatto, per le quali l'esercizio della patria potestà passi alla madre.

Considerammo già come prima tra esse l'*assenza* del padre; e dimostrammo che se questa sia *dichiarata*, è da reputarsi cessata la patria potestà del padre, e subentra ad esercitarla la madre secondo il disposto dell'art. 220; se poi l'assenza del padre sia soltanto *presunta*, quantunque la patria potestà di lui non si reputi veramente cessata e solo si faccia luogo ad un provvedimento temporaneo per la cura dei figli, pure se la madre sia presente e capace,

---

(1) V. sopra, n. 159, pag. 342-345.

spetta a lei ugualmente di assumere l'esercizio della patria potestà, a norma dell'art. 46 e del predetto 220 (1).

In amendue i casi pertanto apparterrà alla madre insieme coll'esercizio della patria potestà il diritto di usufruire i beni del figlio. Veramente la Commissione senatoria aveva adottato, come vedemmo, tutt'altro concetto; e considerando che nel caso di assenza semplicemente *presunta* era momentanea soltanto la cessazione di esercizio della patria potestà da parte del padre, e che quindi non convenisse spogliarlo così tosto d'un diritto che potrebbe da un momento all'altro ricuperare, ritornando, limitava al caso di *assenza dichiarata* il passaggio dell'usufrutto medesimo alla madre. Ma notammo anche come le idee in questo argomento venissero successivamente ampliate dalla Commissione coordinatrice; la quale da principio pensò ad estendere la concessione dell'usufrutto alla madre, anche durante il matrimonio, per tutti i casi nei quali, per qual si fosse causa ammessa dalla legge, venisse il padre *privato del diritto* di quell'usufrutto; poi nella redazione definitiva del testo spinse più oltre quella estensione, ammettendo che l'usufrutto legale dovesse passare alla madre ogni qualvolta si attribuisse a lei l'esercizio della patria potestà, quand'anche *dal diritto* di questa non fosse definitivamente decaduto il padre. Ora è ben vero che nel caso di assenza semplicemente presunta non è, nè si reputa — come in quello di assenza dichiarata — cessato nel padre *il diritto* di patria potestà, nè quello conseguente di usufrutto; ma l'esercizio della patria potestà essendo assunto, per espressa disposizione dell'art. 46, dalla madre, è indubitabile che questa, secondo la massima generale e assoluta dell'art. 231, § 1, acquista eziandio l'esercizio dell'usufrutto legale.

Supponiamo ora che il padre, quantunque non interdetto giudizialmente, si trovi in uno stato abituale d'infermità di mente. Ci parve che la madre potesse allora assumere

(1) V. sopra, n. 160, pag. 346-347.

l'esercizio della patria potestà, secondo l'art. 220, § 3, del codice civile (1). Avrà essa anche in tal caso il diritto d'usufrutto legale, per virtù dell'articolo 231, § 1? In appoggio dell'opinione negativa potrebbe dirsi che questo ultimo articolo prevede soltanto il caso in cui sia normale e perfettamente legale da parte della madre l'esercizio della patria potestà; chè se ella voglia godere dell'usufrutto sui beni del figlio, del quale è costretta ad assumere la cura, ne ha il mezzo dalla legge, la quale le concede di poter provocare la interdizione del marito (art. 326 cod. civ.); ma se da ciò vuole astenersi, e non promuovere nessun cangiamento nello stato civile del marito, sarebbe incongruo ch'ella poi ottenesse a proprio vantaggio questa grave diminuzione dei diritti di lui, che consisterebbe nel togliergli l'usufrutto dei beni del figlio. Crediamo però potersi rispondere con buon fondamento: che è pure perfettamente legale l'assumersi dalla madre l'esercizio della patria potestà quando il padre ne è di fatto incapace per vizio abituale di mente, e questo reputiamo dimostrato abbastanza colle considerazioni esposte nel luogo sopra citato; che se è negli intendimenti della legge di lasciare facoltativo il promuovere o no l'interdizione dell'infermo, provvedendo tuttavia all'interesse dei figli di lui coll'affidare l'esercizio della patria potestà alla madre pel solo fatto del vizio di mente del padre, è tutt'altro che incongruo che la madre stessa acquisti accessoriamente l'esercizio anche dell'usufrutto legale sui beni del figlio medesimo, e sarebbe incongruo al contrario il crearle indirettamente la necessità di provocare la interdizione del marito per poter godere di quell'usufrutto. Reputiamo dunque che anche questo caso debba comprendersi nella disposizione generale ed assoluta dell'art. 231, § 1.

Così, riassumendo in brevi parole il fin qui detto, potremmo conchiuderne che in tutti i casi nei quali per cause

---

(1) V. sopra, n. 160, pag. 346-348.

o di diritto o di fatto essendo tolto al padre in modo generale e permanente l'esercizio della patria potestà, questo passi alla madre, ella ha pure il diritto corrispondente di esercitare l'usufrutto legale sui beni del figlio; e che quanto alle cause di diritto, quando pure esse producano pel padre una privazione soltanto parziale dell'esercizio degli attributi di patria potestà — come può avvenire nei casi di interdizione legale o di abuso — pure coll'esercizio della patria potestà la madre acquista anche quello dell'usufrutto legale.

Ci resta di considerare quelle *cause di fatto*, dalle quali derivi accidentalmente pel padre un impedimento ad esercitare la patria potestà solo relativamente ad atti particolari, come abbiam veduto poter accadere nei casi di semplice *non presenza* del padre, o d'infermità non abituale di mente. E dicemmo che sebbene non sia veramente in casi simili che la legge chiami normalmente la madre ad assumere l'esercizio della patria potestà, pure se fosse una necessità per l'interesse del figlio il compiere atti durante l'impedimento pel quale il padre non potesse di fatto esercitare l'ufficio suo, la madre potrebbe legittimamente interporre l'autorità propria, poichè ella pure, al pari del padre, ha il godimento del diritto di patria potestà, ed è chiamata espressamente dall'art. 220, § 3, ad esercitarla ogni volta che il padre non lo possa (1). Esprimemmo però fin d'allora l'avviso che a questo esercizio occasionale e singolare di qualche atto di patria potestà non possa corrispondere lo spirito della disposizione colla quale l'articolo 231, § 1, ha attribuito l'usufrutto legale alla madre quando ella eserciti la patria potestà. A tanto maggior ragione sono infatti applicabili qui le considerazioni che la Commissione senatoria faceva nel brano della relazione *Vigliani* che abbiamo sopra riferito, per giustificare la sua proposta di non concedere alla madre l'usufrutto legale

(1) V. sopra, n. 161, pag. 348-350.

nel caso di assenza semplicemente presunta del padre. Si osservava non dover bastare che il padre avesse momentaneamente cessato di sostenere le cure della patria potestà, perchè " potendo egli da un istante all'altro ritornare, non " sarebbe conveniente di spogliarlo tosto con soverchio " rigore d'un diritto che potrebbe fra breve dovergli essere " restituito ". Questo pensiero non fu accolto, ciò è vero, nella definitiva redazione del codice; si volle che, in qualunque caso in cui la madre assumesse l'esercizio generale e completo della patria potestà, dovesse anche passarle accessoriamente quello dell'usufrutto legale. E invero se può accadere che il padre, assente, ritorni dopo brevissimo tempo, può anche non ritornare. E allora perchè la madre, sottostando a tutti gli oneri della patria potestà, dovrebbe esserne esclusa dai vantaggi per fino a quando l'assenza del padre non fosse *dichiarata?* Perchè questi vantaggi dovrebbero devolversi in vece di lei agli eredi del marito? Ma queste considerazioni non possono più contrapporsi quando il padre non sia *assente*, ma solo temporaneamente *lontano*, o colpito da un'infermità che lo privi al momento dell'uso delle facoltà intellettuali. E allora sarebbe davvero più che di soverchio rigore, sarebbe inumano che si togliesse al padre l'usufrutto per darlo alla madre e per restituirlo a quello dopo brevissimo tempo. Oltre di che questi passaggi dell'usufrutto legale dall'uno all'altro dei genitori in un breve periodo, in cui la madre avesse tenuto le veci del padre nell'esercizio della patria potestà, potrebbero dar luogo a questioni che dovevano evitarsi, tanto più fra coniugi. Nondimeno, se la legge avesse voluto altrimenti, converrebbe piegare il capo. Ma a questo ci costringe veramente il testo? Esso ci dice che l'usufrutto legale appartiene anche *alla madre che esercita la patria potestà;* e il senso naturale stesso di questa espressione ci richiama al caso d'un esercizio generale e completo del diritto di patria potestà in tutti i suoi attributi, non d'un esercizio particolare di determinati atti dalla patria potestà dipendenti.

256. Indicammo già sopra poter talora avvenire che alla madre spetti il godimento effettivo dell'usufrutto legale, sebbene ella non eserciti pel resto nessun altro attributo della patria potestà, sebbene l'esercizio di questa rimanga al padre. Ciò infatti risulta dalla disposizione del § 2, art. 231:

" L'usufrutto legale passa alla madre anche quando la " patria potestà è esercitata dal padre, ove questi ne sia " *escluso per cause a lui personali* ".

Evidentemente si volle così dar luogo all'idea, manifestata da alcuni commissari, che vi fosse identità di ragione per far passare alla madre l'usufrutto legale, nei casi in cui per *abuso* — a termini dell'art. 233 — o per *indegnità di succedere* — secondo gli articoli 728 e 766 — fosse il padre privato di quell'usufrutto, come in quelli in cui per morte, assenza, o condanna penale del padre la madre assumesse l'esercizio della patria potestà.

Confessiamo però non parerci questa idea così esatta e felice come fu creduta. Non sappiamo persuaderci che vi sia identità di ragione; perchè se è naturalissimo che l'usufrutto legale, essendo un attributo della patria potestà, sia goduto effettivamente da chi eserciti questa, non lo è altrettanto che uno dei genitori abbia il puro vantaggio dell'usufrutto, mentre gli oneri dell'esercizio della patria potestà incombano esclusivamente all'altro. Se anche vi fossero ottimi motivi per giustificare questa anomalia, non sarebbe però mai possibile paragonarla a quella condizione perfettamente normale di cose, per la quale chi ha il carico dovendo pur fruire dei vantaggi che vi corrispondono, quello dei genitori al quale è imposto l'obbligo di esercitare la patria potestà deve anche avere il godimento effettivo dei beni del figlio.

Ma poi questi ottimi motivi sussistevano veramente? Pensiamo precisamente l'opposto. Voi private il padre dell'usufrutto legale in pena d'avere abusato della patria potestà, lo private dell'usufrutto sui beni pervenuti al

figlio per una successione da cui egli è stato escluso come indegno; eppoi ordinate che questo usufrutto passi alla madre. Non venite così indirettamente a ridare con una mano quello che avete tolto coll'altra? Non venite a rendere di fatto inefficace quella decadenza che reputaste necessario di pronunciare contro il padre? Le rendite dei coniugi sono quasi sempre spese in comune; spesso è il marito che amministra anche le rendite particolari della moglie, e ad ogni modo egli avrà il diritto di farla contribuire alle spese di famiglia in proporzione anche di questo aumento di mezzi che le risulterà dall'usufrutto legale a lei devoluto (art. 138, 1426 cod. civ.). Così avrete fatto apparentemente un atto di grave e giusto rigore contro il padre, ma in realtà egli non ne risentirà che parzialmente, e spesso per nulla affatto, gli effetti.

Comunque sia, rispettiamo la legge ancorchè non persuasi della sua bontà. E la legge in questo è chiarissima. Non vediamo possibile che un solo dubbio. L'articolo parla di *esclusione* del padre dall'usufrutto legale *per cause a lui personali*. Ha inteso di limitarsi alla *esclusione che sia pronunciata dalla legge?* Se, giusta il caso previsto dall'articolo 229, n. 1, si trattasse di *beni lasciati o donati al figlio colla condizione che il padre non ne avesse l'usufrutto*, potrebbe reclamarlo la madre, a cui quella condizione proibitiva non fosse stata espressamente estesa dal testatore o donante? Per quanto generali siano le espressioni usate dal legislatore nel § 2 dell'art. 231, crediamo però ch'esse non si riferiscano ad altri casi di esclusione del padre dall'usufrutto legale, se non quelli che siano determinati dalla legge. Lo dimostra abbastanza chiaramente, se non ci inganniamo, la stessa espressione di *cause personali* di esclusione. Ciò non può riguardare infatti che le disposizioni della legge, la quale, quando priva dell'usufrutto il padre, nonostante che lo lasci nell'esercizio della patria potestà, lo fa appunto per *cause a lui personali*, come quelle di *abuso* della patria potestà stessa sul figlio o d'*indegnità*

di succedere ad altra persona. All'opposto nel caso contemplato dall'art. 229, n. 1, non può dirsi che il padre sia escluso dall'usufrutto *per cause a lui personali*. La causa della esclusione consiste allora unicamente nella volontà del testatore o donante: volontà che può essere determinata tanto da motivi personali contro il padre, quanto dal solo scopo che la liberalità giovi più pienamente ed esclusivamente al figlio a cui è diretta. E in dubbio è anzi naturale il presumere piuttosto questa che quella; sicchè se il disponente abbia lasciati o donati beni al figlio colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto, è da ritenersi che abbia voluto attribuire assolutamente al figlio la piena proprietà, anzichè escludere dall'usufrutto personalmente ed esclusivamente il padre, ed abbia fatta menzione di lui solo, come quello a cui l'usufrutto sarebbe di preferenza spettato. A meno che pertanto il disponente avesse espresso di escludere dall'usufrutto il padre solo, per motivi riguardanti lui personalmente, o ciò risultasse dalle circostanze, la madre non potrebbe nè invocare l'art. 231, § 2, per giovarsi dell'usufrutto durante il tempo in cui la patria potestà fosse esercitata dal padre, nè quando pure l'esercizio della patria potestà passasse a lei potrebbe pretendere che l'usufrutto si attivasse accessoriamente in favore suo.

B) *Quali beni del figlio siano soggetti all'usufrutto legale.*

Sommario. — 257. Idee generali seguìte dal legislatore nel determinare i beni soggetti all'usufrutto legale. — 258. (I) Il carattere *lucrativo* non si considera nel titolo immediato d'acquisto dei beni, ma nella provenienza originaria di essi. — 259. (*a*) Dei beni che provengano al figlio da *successione*. — 260. (*b*) Dei beni che provengano al figlio da *donazione*. — 261. (*c*) Dei beni provenienti al figlio da *titolo lucrativo*, che non sia di successione nè di donazione. — 262. Degli acquisti per titolo lucrativo dipendenti da volontà dell'uomo. — 263. Degli acquisti dipendenti da disposizione della legge. — 264. (II) Delle eccezioni stabilite dalla legge per certi beni, che, quantunque acquistati dal figlio per titolo lucrativo, pure non sono soggetti all'usufrutto legale. — 265. (*a*) Dei beni lasciati o donati al figlio colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto. — 266. Limitazione della facoltà di apporre questa condizione, alla sola porzione disponibile. — 267. (*b*) Dei beni lasciati o donati al figlio per imprendere una carriera, un'arte o una professione. —

268. (*c*) Dei beni provenienti da liberalità accettate pel figlio contro il consenso del padre. — 269. (*d*) Dei beni provenienti da successione devoluta al figlio per indegnità del padre. — 270. (III) Dei beni acquistati dal figlio per titolo non lucrativo. — 271. Specialità relative ai beni acquistati dal figlio col proprio lavoro e colla propria industria separata.

257. Il codice Francese nell'art. 384, che più volte avemmo occasione di citare, dichiarava soggetti all'usufrutto legale del padre *i beni dei figli*, in generale, salvo alcune eccezioni che erano poi scritte nell'art. 387. — Una forma somigliante era stata pure adottata nei codici Italiani che imitarono il Francese; eccettuato l'Albertino, che stabiliva competere al padre l'usufrutto sui *beni avventizi* del figlio costituito sotto la sua potestà: e come beni avventizi designava poi quelli che provenissero al figlio *per successione intestata o testamentaria, per legato, donazione, od a qualunque altro titolo lucrativo* (art. 224).

Da quest'ultima disposizione fu tratto il nostro art. 228, quale è detto:

" Il padre ha l'usufrutto dei beni che provengono al
" figlio da successione, donazione o da qualunque altro
" titolo lucrativo, e lo conserva sino a che il figlio sia
" emancipato od abbia raggiunto l'età maggiore „.

In quelle legislazioni anteriori il concetto dominante era chiarissimo. L'usufrutto attribuito al genitore era *universale*, e abbracciava tutto il patrimonio del figlio, eccettuatine soltanto alcuni beni determinati con disposizioni di legge, le quali, appunto perchè eccezioni, dovevano nella loro applicazione essere rigorosamente ristrette alle cose che vi erano espressamente contemplate.

Il tenore diverso della disposizione nostra riesce forse a turbare alquanto la chiarezza del concetto.

Guardando al solo art. 228, che abbiamo riferito, parrebbe che l'usufrutto legale si limitasse ai beni acquistati dal figlio *a titolo lucrativo*. Ma poi nel successivo articolo annoverandosi i beni *non soggetti all'usufrutto legale*, se nei primi tre numeri si parla soltanto di beni realmente provenuti al figlio da titolo lucrativo e che nondimeno

sono per eccezione sottratti all'usufrutto paterno, nel n. 4; all'opposto, si tratta di beni acquistati dal figlio coll'opera propria, e si dicono non soggetti all'usufrutto legale quelli unicamente che gli siano pervenuti *in occasione o per esercizio di milizia, uffizi, impieghi, professioni ed arti, o altrimenti col proprio lavoro e colla propria industria separata.* Si ammette pertanto, implicitamente sì, ma necessariamente, l'attribuzione dell'usufrutto legale al genitore anche sovra beni che il figlio abbia acquistati per *titolo non lucrativo*, quando non gli provengono da lavoro od industria da lui esercitata separatamente dal padre. Qual'è dunque l'idea fondamentale e direttiva che dobbiamo ritenere adottata nella nostra legislazione?

Dalla regola stabilita nell'art. 228 ricaviamo a buon conto questa massima incontestabile: che tutti generalmente i beni provenuti al figlio da titolo lucrativo sono soggetti all'usufrutto legale del genitore, fatta eccezione per quelli soltanto che ne sono espressamente dichiarati esenti dalla legge; le cui disposizioni in proposito debbono riguardarsi come tassative ed essere strettamente interpretate.

Restava da occuparsi dei beni che potessero derivare al figlio da *titolo* non *lucrativo*. Quali erano le diverse cause possibili della provenienza di tali beni? Ci sembrano le seguenti: o l'acquisto in correspettivo d'altri beni preesistenti nel patrimonio del figlio — siano poi somme capitali che vengano impiegate, o beni che siano permutati, o venduti impiegandone il prezzo in acquisti —; o l'investimento di un cumulo di rendite o di risparmi appartenenti particolarmente al figlio medesimo; o l'opera di lui, l'esercizio del lavoro e dell'industria.

Ora pei primi casi non v'era bisogno, come dimostreremo più innanzi, che la legge si occupasse di regolarli con disposizioni espresse; perciocchè bastava l'applicazione dei principii generali per determinare senz'altro se quei beni dovessero assegnarsi all'una od all'altra delle due categorie, o

di quelli che sono soggetti all'usufrutto legale, o quelli che ne sono esenti. Era solo da stabilire ciò che si credesse più conforme ad equità in ordine ai beni che il figlio acquistasse per opera personale propria: ed è quanto ha fatto la legge nell'ultimo numero dell'art. 229, distinguendo i casi in cui l'opera del figlio sia stata separata da quella del padre o in comune con lui, e nel primo riservando al figlio anche il godimento dei beni acquistati; dal che deriva naturalmente che nel caso opposto debba avere applicazione la regola dell'usufrutto legale attribuito al genitore.

Dal concetto che ci è sembrato poterci formare sulle disposizioni del nostro codice, in questo argomento della determinazione dei beni soggetti all'usufrutto legale discende naturale una divisione che crediamo opportuno seguire nella trattazione della presente materia; distinguendo, cioè, i beni che derivino al figlio da titolo lucrativo, da quelli che gli pervengano per un titolo diverso. E quanto ai primi faremo inoltre una suddivisione, in cui parleremo delle eccezioni colle quali la legge ha esentati dall'usufrutto legale certi beni, che secondo la regola generale vi sarebbero stati compresi, siccome acquistati appunto a titolo lucrativo.

258. (I) Commentando l'art. 228 il *Borsari* ha molto opportunamente osservato doversi “ secondo lo spirito della “ legge, por mente a riportarsi *alla prima origine del patri-* “ *monio*, anzichè ai mezzi impiegati nell'acquisto delle “ nuove proprietà „ (1).

Ciò infatti è conforme al testo, che non parla di *beni acquistati dal figlio a titolo gratuito*, ma di *beni che provengono* al figlio da successione, donazione o *da qualunque altro titolo lucrativo*.

Nè meno conforme è ai principii; colla scorta dei quali

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 229, § 529, vol. I, pag. 833.

già dimostrammo che dovendosi l'usufrutto riguardare, non come *diritto particolare*, ma come avente per oggetto una *universalità di beni*, torna quindi applicabile la massima ammessa appunto in materia di diritti universali, che i beni in essi una volta compresi debbano considerarsi come rappresentati da quelli che vi siano stati sostituiti, di modo che questi beni nuovamente entrati nel patrimonio soggetto a diritto universale altrui cadono sotto il diritto medesimo in luogo di quelli che ne sono usciti. Epperò dicemmo che se alcuni beni già compresi nell'usufrutto legale, perchè acquistati dal figlio per successione, donazione od altro titolo lucrativo, siano stati alienati in nome del figlio, sostituendovi altri beni acquistati mediante permutazione o mediante investimento del prezzo ricavato dalla vendita, questi nuovi beni, nonostante che il titolo immediato di loro acquisto abbia carattere di *oneroso*, terranno luogo di quelli a cui subentrarono, e saranno come essi soggetti ugualmente all'usufrutto legale del genitore(1). È appunto questa la massima giustamente insegnata dal *Borsari*; e invero la contraria offenderebbe troppo evidentemente l'equità, e l'interesse medesimo del figlio. L'equità non potrebbe permettere che si privasse il padre dell'usufrutto di cui già godeva su certi beni, per ciò solo che con savio consiglio di buona amministrazione si fossero quei beni cambiati con altri; nè il privarnelo gioverebbe neppure all'interesse del figlio medesimo, poichè il padre potrebbe astenersi dal fare una operazione utile pel figlio, quando avesse a ridondargliene personalmente il danno della perdita dell'usufrutto.

Ne abbiamo dunque confermata la massima: che non è al titolo immediato d'acquisto dei beni da parte del figlio, ma all'originaria loro provenienza, che devesi avere riguardo per determinare se quei beni siano o no compresi, secondo l'art. 228, nell'usufrutto legale.

---

(1) V. sopra, n. 248, pag. 649-650.

259. (*a*) L'art. 228 parla prima dei *beni che provengono al figlio da successione.*

È evidente che si riferisce alla sola *successione ereditaria*, poichè dei beni che il figlio acquisti per qualunque altro titolo gratuito parla distintamente appresso.

È evidente ancora non esser luogo a distinguere se la successione sia devoluta al figlio per legge o per testamento, e in quest'ultimo caso se si tratti di disposizione a titolo universale o a titolo particolare, se il figlio abbia acquistato i beni in qualità di erede o di legatario. È stato parlato di *successione*, in genere, senza fare distinzione d'alcuna sorta, nè vi sarebbe stata ragione di distinguere.

Ben però nel caso di successione testamentaria è da notarsi una differenza importante tra ciò che pervenga al figlio per mera liberalità del testatore, e ciò che gli sia dovuto senz'altro per virtù della disposizione della legge *a titolo di legittima;* chè, come vedremo più oltre, è lecito al testatore, lasciando al figlio la propria disponibile o parte di essa, di apporre la condizione che il padre del beneficato non abbia l'usufrutto dei beni a questo lasciati, ma una simile condizione rimarrebbe senza effetto riguardo ai beni che fossero riservati al figlio a titolo di legittima.

Il *Pacifici-Mazzoni* ha avvertito che: “ La successione o “ la donazione deve essere stata accettata pel figlio, quale “ cosa sua, perciocchè egli è erede, e i genitori hanno “ diritto all'usufrutto dei beni ereditari o donati non come “ tali, ma come proprietà dei figli, *cosicchè non potrebbero* “ *accettare per sè l'usufrutto e rifiutare la proprietà pei figli* „. E simili parole sono pure ripetute dal *Buniva* (1).

È un'osservazione questa che fu tratta dalle opere francesi, specialmente del *Proudhon* e del *Demolombe;* ma ci sembra che nel riportarla se ne sia scemata la importanza,

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 552, pag. 382; Buniva, vol. II, p. 177.

facendone considerare il solo lato più evidente, e tanto evidente che appena poteva meritare di porlo in rilievo. In verità a chi mai verrebbe in pensiero che il genitore potesse ripudiare — ben s'intende, colla debita autorizzazione del tribunale civile — una eredità devoluta al figlio, e nel medesimo tempo accettarne per sè l'usufrutto legale, mentre questo non gli è nè potrebbe essergli attribuito se non sovra beni appartenenti in proprietà al figlio medesimo? Il concetto espresso dagli autori francesi era assai più serio, e serviva a risolvere qualche difficoltà. Notavano essi che appunto perchè l'usufrutto legale non stava di per sè sovra i beni che ne erano colpiti, ma era necessariamente subordinato al diritto di proprietà di quei beni da parte del figlio, era dunque necessario, innanzi tutto, che i beni medesimi fossero acquistati al figlio. E siccome, trattandosi di una eredità che fosse devoluta a quest'ultimo, era indispensabile — secondo l'opinione prevalente, per la quale si ritenevano applicabili anche all'amministrazione del padre le regole comuni della tutela — che l'accettazione della eredità fosse *autorizzata dal consiglio di famiglia*, ne derivava questa conseguenza importantissima: che non dipendesse dalla sola volontà del padre il poter esso esercitare il diritto d'usufrutto che gli sarebbe spettato sui beni ereditari devoluti al figlio, ma bisognasse prima che coll'autorizzazione del consiglio di famiglia fosse fatta nell'interesse del figlio l'accettazione della eredità con benefizio d'inventario; e fino a quando ciò non fosse adempito, non potesse il padre agire nè per conto proprio, nè in nome del figlio stesso per avere il possesso di quei beni.

Le cose sono invero cambiate assai nel diritto nostro, da cui vedemmo stabilito che spetta al padre, senza bisogno di alcuna formalità abilitante, l'accettare con benefizio d'inventario l'eredità devoluta al figlio. Tuttavia merita sempre d'essere osservato che, fino a quando questa formalità non fosse adempita, sarebbe irricevibile qualunque

azione che il padre, nella sua qualità di usufruttuario, pretendesse di esercitare sui beni ereditari (1).

Dello stesso principio, che l'usufrutto legale è necessariamente ed assolutamente subordinato al diritto di proprietà del figlio, può anche sott'altro aspetto presentarsi un'applicazione importante nel caso contemplato dall'articolo 810 cod. civile. È aperta la successione della madre o d'un ascendente materno, sulla quale dunque il figlio ha diritto di legittima. La persona della cui eredità si tratta ha disposto per testamento, in favore di un estraneo, d'un *usufrutto il cui* reddito *eccederebbe quello della porzione disponibile.* A tenore del citato articolo spetta al legittimatario la *scelta o di eseguire tale disposizione, o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile.* Il padre, come usufruttuario, ha certamente interesse che si adotti questo ultimo partito, che farebbe salvo a vantaggio suo l'usufrutto dell'intera porzione legittima. Il figlio, al contrario, può avere interesse ad abbracciare il partito contrario, qualora ciò che per la disposizione testamentaria gli sia attribuito in nuda proprietà sulla porzione disponibile lo compensi ampiamente della perdita che farebbe nell'usufrutto sulla legittima. Il padre avrebbe ragione di pretendere che spettasse a lui il fare la scelta conceduta dall'articolo 810? Non lo potrebbe come rappresentante del figlio, essendo evidente il *conflitto d'interessi* nel quale verrebbe a trovarsi rispetto a lui, sicchè a tenore dell'art. 224, § 3, sarebbe indispensabile nominare al figlio un curatore speciale; nè lo potrebbe in qualità di usufruttuario, perchè il suo diritto in tale rapporto è totalmente subordinato a quello della proprietà spettante al figlio, al quale solo, come erede legittimario, l'art. 810 concede la facoltà di scegliere tra l'eseguimento della disposizione testamentaria qual'è, o la reintegrazione perfetta della legittima abban-

---

(1) V. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n. 138; Demolombe, t. VI, n. 493.

donando all'estraneo beneficato dal testatore la proprietà della porzione disponibile (1).

La generalità dell'espressione, con cui la legge attribuisce l'usufrutto al padre *sui beni che provengono al figlio da successione*, autorizza a ritenere applicabile questa disposizione anche nel caso che l'eredità si devolva al figlio in conseguenza di rinunzia fatta dal padre stesso.

La legge priva il genitore dell'usufrutto sui beni pervenuti al figlio per una successione dalla quale il genitore medesimo sia stato *escluso per indegnità* (art. 728 cod. civ.); ma nel caso ora supposto il genitore non è rimasto escluso, si è spogliato volontariamente della qualità di erede, che gli spettava a preferenza del figlio. Tra l'un caso e l'altro v'ha una differenza enorme. L'esclusione per indegnità è una pena inflitta dalla legge, la quale non avrebbe che una esecuzione imperfetta se chi ne è colpito potesse tuttavia in altra qualità godere in usufrutto gli stessi beni ereditari dai quali fu escluso. La rinunzia è un atto meramente volontario, dal quale non vi sarebbe ragione di far derivare anche la privazione dell'usufrutto legale, se non quando si potesse dire che implicasse necessariamente la rinunzia anche di questo.

La legge priva pure il genitore dell'usufrutto sui beni d'una eredità accettata *contro il consenso di lui* nell'interesse del figlio (art. 229, n. 3, cod. civ.); ma l'ipotesi nostra è tutt'affatto diversa, poichè anzi si tratta d'una eredità devoluta al figlio per volontà del padre, che vi era chiamato a preferenza e vi ha rinunziato. E qui pure corre tra i due casi una differenza notevolissima. Quando il genitore ha fatto quanto era in suo potere per impedire che il figlio raccogliesse una eredità aperta in suo favore, quando è contro la volontà del genitore che quella eredità è stata accettata nell'interesse del figlio, si può giustificare la disposizione della legge, che priva il genitore stesso del-

(1) V. Demolombe, l. c., n. 495.

l'usufrutto sui beni di quella eredità; sia, se vuolsi, sotto l'aspetto di pena civile pel fatto di lui, che voleva privare il figlio d'un vantaggio del quale poi pretenderebbe di approfittare egli stesso, sia principalmente perchè in quel fatto può presumersi contenuta una implicita rinunzia per sè stesso al diritto d'usufrutto. Ma potrebbe mai pensarsi a far incorrere il genitore in una pena perchè rinunziando al diritto proprio di successione lo avesse fatto devolvere al figlio? Rimarrebbe dunque soltanto di ammettere la presunzione di una tacita rinunzia all'usufrutto. Ma se questa presunzione può stabilirsi allorchè il fatto del padre, tendendo ad impedire l'accettazione della eredità devoluta al figlio, avrebbe necessariamente privato il padre stesso dell'usufrutto sui beni di quell'eredità, non è però giustificabile quando invece il fatto del genitore abbia per effetto di chiamare il figlio ad una successione che altrimenti non gli sarebbe spettata. Colla sua rinunzia il genitore ha procurato un benefizio al figlio, facendo devolvere a profitto di lui la proprietà dei beni ereditari, ma ciò non implica che abbia voluto privarsi anche del proprio diritto di usufrutto, dipendente da una diversa causa legale. Il genitore si è spogliato della qualità di erede; ma non ne deriva che si sia spogliato anche della qualità di usufruttuario, che non solo è distinta da quella, ma non poteva avere applicazione ai beni di quella eredità se non quando appunto rinunziando al diritto che vi aveva come più prossimo chiamato, ne facesse approfittare il figlio. D'altronde la rinunzia ad un diritto non si può facilmente presumere; e qui nè il fatto per sè la dimostra, nè la legge la pronunzia. Reputiamo dunque che anche i beni provenuti al figlio da una successione, che si fosse a lui devoluta per rinunzia del genitore, sarebbero tuttavia soggetti all'usufrutto legale, quando il genitore stesso non vi avesse specialmente e chiaramente rinunziato (1).

---

(1) V. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n. 158; Demolombe, t. VI, n. 520.

Al *Borsari* è sembrata contestabile questa decisione. Egli parte da una distinzione, che nota non essere stata avvisata dai citati scrittori. Il padre può aver rinunziato all'eredità, devoluta in suo favore, puramente e semplicemente, senz'animo, almeno espresso, di fare una liberalità ai proprii figli; ovvero può avervi rinunziato *in favore dei figli* e senza la riserva dell'usufrutto. Nel primo caso — dice l'autore — il padre " *non pensa certamente di conser-* " *vare i frutti mentre rinunzia alla eredità. L'eredità si tras-* " *porta di pieno diritto nei successibili del grado susseguente* " *nella sua interezza, nella sua totalità.... La rinunzia è im-* " *personale; lo scopo è quello di disfarsi della eredità che* " *si stima o gravosa o inutile* ".... Nel secondo caso " *la* " *rinunzia può assumere il carattere della liberalità. La libe-* " *ralità può essere limitata senza dubbio: il padre è bene in* " *facoltà di ritenersi l'usufrutto; e se lo abbia ritenuto è mera* " *questione di fatto* " (1).

Su quest'ultimo punto accetteremmo senza esitanza la massima surriferita; osserveremo soltanto — senza far altro che riprodurre ciò che lo stesso illustre autore ammette in nota nel luogo citato, e sviluppa poi più ampiamente altrove (2) — che in tale ipotesi non si tratterebbe più di una vera rinunzia d'eredità, d'una *rinunzia abdicativa;* ma piuttosto di una cessione di diritti ereditari, d'una *rinunzia traslativa*. Chi rinunzia alla eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato (art. 945 cod. civ.); nè può dunque trasmettere ad altra persona quei diritti che si reputa non avergli appartenuto mai. La rinunzia vera dev'essere *pura e semplice*, e lasciar luogo senz'altro a chi invece del rinunziante è chiamato alla successione dalla legge. Se invece chi ha la vocazione ereditaria *vi rinunzia in favore d'una determinata persona*, non fa altro propriamente che trasmettere a questa i proprii diritti, il

(1) Confr. Borsari, *Comm.*, art. 229, § 536 G., vol. I, pag. 844-845.
(2) V. *Comm.*, art. 944, vol. III, § 2042, n. 996.

che presuppone anzi l'accettazione. In questa condizione appunto trovasi il padre, che *rinuncia in favore dei figli* all'eredità alla quale sarebb'egli chiamato. Epperò è giustissimo in tale ipotesi il dire che facendosi dal padre un atto di liberalità, è questione di semplice interpretazione della volonta il decidere se abbia inteso di fare questa liberalità più largamente o meno, rinunziando anche all'usufrutto legale sui beni ereditari, o riservandolo. Aggiungeremo tuttavia che, se non erriamo, non si dovrebbe esser molto facili ad una interpretazione nel primo senso; essendo principio fondamentale che qualunque rinunzia, ancorchè constante, debba sempre essere intesa in maniera restrittiva.

Ma gli autori francesi che abbiamo citati considerarono soltanto la vera *rinunzia alla eredità;* epperò non è da meravigliarsi che non si siano occupati del caso tanto diverso del quale ora parlammo.

Nell'ipotesi poi che si tratti di vera e semplice rinunzia alla eredità, non sappiamo persuaderci che le considerazioni addotte in appoggio della massima, che sui beni di quella eredità, devoluti per la rinunzia del padre al figlio, il padre stesso conservi il diritto d'usufrutto legale, possano essere efficacemente combattute da quelle contrappostevi dal *Borsari*. Il ripudiante — così argomenta l'egregio autore — ha rinunziato all'eredità intiera, senza alcuna riserva, tanto per la proprietà quanto pel godimento dei beni che la componevano, poichè il tutto comprende le parti. E ciò sta bene; nè il padre potrebbe certo pretendere di avere conservata nessuna parte dei diritti di successione, neppure pel solo godimento dei beni ereditari; ne è a questo titolo ch'egli ne richieda l'usufrutto vita sua natural durante. È cosa ben differente quella ch'egli reclama; è l'usufrutto dei beni acquistati per successione dal figlio, sino a che questi sia emancipato od abbia raggiunto l'età maggiore; e invoca a tal uopo un titolo ben differente ancora, quello della patria potestà. Col rinun-

ziare alla eredità egli ha consentito a farsi considerare *come se non fosse mai stato chiamato alla eredità*. In questa chiara definizione data dall'art. 945 si compendia tutto l'effetto della rinunzia. Ne segue, nel caso nostro, che il figlio chiamato alla successione in luogo del padre rinunziante debba considerarsi *come se vi fosse stato chiamato fin dall'origine e in primo ordine*. Ora niuno può porre in dubbio che se il figlio fosse stato erede di grado più prossimo, sui beni provenutigli da quella eredità il padre avrebbe l'usufrutto legale, secondo la generale disposizione dell'articolo 228. Sembra dunque evidente che non si potrebbe escluderlo nel caso attuale, se non dando alla rinunzia emessa dal padre una estensione che eccederebbe il suo naturale effetto, secondo la massima dell'articolo 945.

260. (*b*) In secondo luogo sono collocati dall'art. 228 tra i beni soggetti ad usufrutto legale in favore del padre " quelli che provengono al figlio *da donazione* ".

Ed è evidente che s'intende qui di parlare soltanto della donazione propriamente detta, della donazione formale; mentre ogni altra specie di atti di liberalità rimane compresa nella parte successiva della stessa disposizione, ove si accenna a *qualunque altro titolo lucrativo*.

È chiaro dunque altresì che la donazione non divenendo perfetta se non *dal giorno in cui viene accettata* (art. 1057 cod. civ.) è necessario che tale accettazione sia stata fatta nell'interesse del figlio, secondo le norme altrove dimostrate (1), affinchè il genitore possa far valere il proprio diritto d'usufrutto sui beni donati al figlio stesso, siccome da questo acquistati in proprietà dipendentemente da tale titolo gratuito.

E qui pure devesi ripetere quanto fu detto dei beni che fossero pervenuti al figlio per diritto di successione; che

(1) V. sopra, n. 207, pag. 496 e seguenti.

cioè fino a quando la donazione non fosse stata legalmente accettata nell'interesse del figlio donatario, sarebbe irricevibile qualunque azione, che il genitore pretendesse di esercitare sui beni donati al figlio, come colpiti dal proprio diritto d'usufrutto.

Il carattere particolare, che potesse avere la donazione fatta al figlio, non osterebbe ad esserle applicabile l'articolo 228, che accorda al padre l'usufrutto dei beni donati. Così questo usufrutto legale si avrèbbe, quand'anche la donazione fosse *rimuneratoria*, fatta cioè in ricompensa di servigi resi dal figlio al donante, purchè tali servigi *non fossero valutabili a denaro*, sicchè il donante non avesse contratto perciò che un semplice dovere morale di gratitudine. In tal caso infatti lo speciale carattere rimuneratorio non cangierebbe l'indole giuridica dell'atto, che rimarrebbe tuttavia soggetto alle regole comuni della donazione vera e propria, e lascierebbe quindi anche luogo all'applicazione dell'art. 228 codice civile.

Ma se, all'opposto si trattasse di *servigi apprezzabili a denaro*, dai quali fosse derivata una vera obbligazione, naturale almeno, di rimunerazione, l'atto del beneficato, quantunque rivestito delle apparenze di donazione, sarebbe però veramente *a titolo oneroso*, in quanto almeno stesse entro i congrui limiti d'un equo compenso. Epperò non sarebbe allora l'art. 228, ma il 229, n. 4, che dovrebbe applicarsi.

Neppure importa, in generale, che la donazione sia stata fatta da una od altra persona; dalla madre, per esempio, o da un ascendente, piuttostochè da altro parente o da un estraneo.

Qualche dubbio potrebbe però nascere nel caso che la donazione fosse stata fatta dal padre stesso. Gli sarebbe allora riservato l'usufrutto legale sui beni da lui medesimo donati al figlio? Veramente l'applicazione rigorosa della disposizione generale dall'art. 228 trarrebbe a rispondere affermativamente in modo assoluto. Tuttavia è da riflettere

che come un donatore estraneo potrebbe stabilire che il padre del minorenne donatario non avesse l'usufrutto dei beni donati, nè sarebbe indispensabile — secondo la disposizione del nostro art. 229 — che nell'atto, tale condizione fosse espressa; così parimente il padre, donando egli stesso al figlio, può pure rinunziare all'usufrutto sui beni donati. E parrebbe che la rinunzia dovesse in questo caso presumersi, perciocchè sarebbe stato naturale che avendo il padre intenzione di riservarsi l'usufrutto sui beni che faceva oggetto di donazione al figlio, avesse in qualche modo manifestata questa sua volontà; mentre donando puramente e semplicemente, senza alcuna riserva, è ovvio il ritenere che abbia voluto trasmettere al figlio la piena proprietà. Ben s'intende però che non sarebbe necessaria una *riserva espressa*, ma potrebbe bastare che dalle circostanze, dai termini cioè dell'atto, o dai motivi che determinavano il padre a donare, o da altri fatti anche estrinseci, risultasse la volontà di lui di riservarsi l'usufrutto.

261. (*c*) Dopo aver parlato dei beni acquistati per successione o donazione, l'art. 228 assoggetta con una disposizione generale all'usufrutto legale paterno " i beni " che provengono al figlio *da qualunque altro titolo lucra-* " *tivo* „. Sotto la quale espressione è chiaro doversi intendere compresi tutti quei beni che siano stati acquistati dal figlio senzachè formassero correspettivo d'altri beni preesistenti nel suo patrimonio, o di rendite a lui appartenenti e il cumulo delle quali fosse stato impiegato in acquisti nuovi, o dell'opera personale di lui, dell'esercizio d'una professione, d'una industria, o d'altro modo di lavoro.

In questo senso generale il titolo lucrativo può dipendere tanto da volontà dell'uomo, quanto da disposizione della legge. E sotto questo duplice aspetto ci proponiamo di esaminare qualche difficoltà, che l'applicazione dell'articolo 228 può presentare.

262. Gli acquisti per titolo lucrativo dipendente da volontà dell'uomo sarebbero indubbiamente compresi nell'usufrutto legale, quand'anche si trattasse di atti di liberalità che giuridicamente non avessero vero carattere di donazione formale.

Così i *doni manuali* — che si effettuano giuridicamente mediante la semplice tradizione, che il donante fa al donatario, di *beni mobili corporali*, senza bisogno d'impiegare le forme ordinarie della donazione vera e propria, perchè l'atto di liberalità è già di per sè pienamente consumato colla tradizione stessa della cosa — cadrebbero certamente nell'usufrutto legale, secondo la disposizione generale dell'articolo 228, che vi assoggetta qualunque *acquisto a titolo lucrativo*.

Lo stesso dicasi delle *liberalità coperte sotto apparenza di contratto oneroso*, le quali sono valide quanto alle *forme estrinseche* purchè solo vi siano osservate quelle che la legge richiede per l'atto o contratto sotto la cui apparenza la liberalità fu dissimulata; ma per tutto ciò che concerne intrinsecamente l'atto, devono assoggettarsi alle regole proprie della donazione, che fu veramente nella intenzione delle parti; epperò deve applicarsi anche la massima dell'articolo 228, che sottopone all'usufrutto legale non solo i beni i quali abbiano formato oggetto d'una donazione vera e formale, ma eziandio gli acquisti per *qualunque titolo lucrativo*.

I commentatori del codice Francese insegnavano che l'usufrutto legale si estendesse anche ai *doni di fortuna*, ai guadagni, per esempio, provenienti da giuoco o da scommessa (1). Lo stesso fu ripetuto da alcuni espositori del codice Italiano (2). Ma su questo punto, che non presen-

---

(1) V. Demolombe, t. VI, n. 502; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 7.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 552, pag. 382; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, n. 176-177.

tava alcun dubbio nella legislazione francese, potevasi incontrare qualche difficoltà nella nostra.

Il codice Francese dichiarava in generale che il padre avea l'usufrutto *dei beni dei suoi figli*, e faceva eccezione per *quei beni che i figli potessero acquistare con un lavoro o un'industria separata* (art. 384, 387). Sarebbesi mai potuto sostenere che i *doni di fortuna* fossero acquistati dal figlio col proprio lavoro o colla propria industria? Non v'era possibilità di questione. Per noi la cosa è diversa. All'usufrutto legale non sono assoggettati in generale tutti i beni del figlio, ma quelli che gli *provengano dal titolo lucrativo*. Può dirsi questo dei guadagni che il figlio faccia al giuoco, per esempio della vincita ch'egli riporti in una lotteria o in un prestito a premi? La questione è stata discussa da un altro scrittore nostro; il quale però si è condotto egli pure a conchiudere che questi *doni di fortuna* siano da considerarsi come *acquisti lucrativi*, e perciò compresi nella disposizione dell'art. 228. Non saranno veramente — egli dice — *titoli lucrativi* questi, che si pagano a prezzo e in cui non vi è da alcuna parte la intenzione di donare; ma *acquisti lucrativi* sono, non avendosi alcuna proporzione tra il prezzo pagato e lo straordinario benefizio che se ne ritrae. D'altra parte la disposizione dell'art. 228 è spiegata e completata da quella del successivo 229, n. 4; e dalla loro combinazione risulta “ il concetto della legge non “ poter essere che questo: i beni che si acquistano per “ tutt'altro mezzo che per industria, professione od arte “ propria, sono soggetti all'usufrutto; e i doni della sorte “ non si acquistano con tali mezzi „ (1).

Osservammo noi pure che la determinazione dei beni soggetti all'usufrutto legale non dipende dalla sola disposizione dell'art. 228, ma da quella ancora dell'art. 229. Tuttavia non abbiam saputo dedurne la conclusione che l'illustre autore ha creduto di poterne trarre; la quale, se

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 229, § 529, pag. 833.

fosse esatta, ci ricondurrebbe, nè più nè meno, alla massima stessa del codice francese, che sottoponeva ad usufrutto legale tutti generalmente i beni del figlio, eccettuati quelli ch'egli avesse acquistati con un lavoro o un'industria separata, e quelli che gli fossero stati lasciati o donati colla condizione che il padre non ne godesse; mentre pure noi troviamo nel testo, a confronto del Francese, una notevolissima differenza, che certo non per nulla si volle introdurre.

L'art. 228 — dicevamo — contempla i beni *provenuti al figlio da titolo lucrativo*, e questi assoggetta generalmente tutti all'usufrutto legale, salvo le eccezioni stabilite nei primi tre numeri dell'art. 229. Lo stesso articolo, nel n. 4, contempla i beni acquistati dal figlio per opera personale propria, e questi pure sottopone all'usufrutto legale o ne li esime, secondochè il lavoro e l'industria del figlio sia comune o separata da quella del padre. Possono esservi anche beni provenuti al figlio da altra causa, che non sia nè titolo lucrativo, nè l'opera personale sua; e per questi nulla disponendo la legge se ne riferisce all'applicazione dei principii generali di diritto (1). Ora qui siamo appunto, se non erriamo, in uno di questi casi; chè i guadagni fatti in una lotteria, in un prestito a premi, non sono veramente acquisti *a titolo lucrativo*, poichè il titolo che nè è base presenta un vantaggio, sebbene eventuale, ad ambe le parti mediante equivalente, nè possono per certo dirsi provenienti dall'opera personale del vincitore. Resta a vedersi quale sussidio possano offrire per risolvere la difficoltà i principii generali di diritto. Intorno a che reputiamo che tutto dipenda dall'evitare un equivoco, in cui facilmente si può incorrere considerando la vincita come un *nuovo titolo d'acquisto*, anzichè come una conseguenza, come semplice realizzazione d'un diritto eventuale preesistente.

---

(1) V. sopra, n. 257, pag. 695 e seg.

Lo diciamo un equivoco, perchè in realtà la vincita non è altro che l'attuazione d'un diritto eventuale, anteriormente costituito dal titolo, pel verificarsi della condizione a cui il titolo stesso subordinava quel diritto. Ond'è che si parte evidentemente da una falsa base prendendo a considerare la vincita come se fosse per sè stessa un titolo nuovo d'acquisto, e disputando se tale titolo debba o no considerarsi come *lucrativo* e compreso perciò nella disposizione dell'art. 228. — Dobbiamo invece considerare il titolo vero d'origine, che diede causa al diritto eventuale verificatosi poi. E se quello fu lucrativo, od acquistato per un'industria non separata da quella del padre, come quel bene incorporale, quel diritto eventuale sarà stato compreso nell'usufrutto legale paterno, lo sarà parimente il benefizio risultante dall'attuazione di quel diritto pel verificarsi della condizione a cui era subordinato; sarà il contrario nei casi inversi.

Così, per dare un esempio che chiarisca il concetto, posto il caso che in una eredità, nella quale succedesse il figlio, si trovassero cartelle di prestiti a premi, se di tale eredità il padre avesse l'usufrutto, secondo la disposizione dell'art. 228, vi sarebbero pure soggette le somme vinte in premio con quelle cartelle. Ma se all'opposto il padre fosse privato dell'usufrutto di quella eredità, perchè con tale condizione fosse essa stata lasciata dal testatore al figlio (art. 229, n. 1, codice civile), anche i premi vinti poi colle cartelle trovate nella eredità sarebbero esenti dall'usufrutto paterno. E infatti non sarebbe assurdo che mentre era in piena proprietà del figlio il titolo, da cui risultava il diritto eventuale al premio, non vi fosse però il diritto stesso quando si fosse verificato? E questo che dicemmo per un caso speciale può valere anche per ogni altro, poichè il principio è sempre lo stesso. Il *Borsari* suppone che un figlio, “ *con denari guadagnati nell'esercizio di* “ *una sua industria separata*, acquisti una cartella di pre- “ stito o di un lotto qualunque, e vinca una gran posta „.

Ebbene, anche allora diremmo che come il padre non poteva pretendere all'usufrutto su quei guadagni del figlio, nè quindi sui beni, quali che fossero, in cui quei guadagni venissero impiegati, nè sùlla cartella acquistata dal figlio e sul diritto eventuale, ch'essa rappresentava al premio o alla vincita; così neppure potrà pretenderlo sul premio o sulla vincita stessa, la quale non è altro che la realizzazione di quel diritto eventuale, nè varrà il pretesto che sia un *benefizio di fortuna*. — Tale ci sembra la conclusione alla quale debbano condurci i principii generali, non contraddetti per certo dalle disposizioni degli art. 228 e 229, le quali, come dimostrammo, nulla contengono che possa veramente riferirsi alla specialità della proposta questione.

La remissione gratuita di un debito del figlio, concedutagli da un suo creditore, potrebbe dar fondamento pel padre a pretendere l'usufrutto sopra un'attività patrimoniale corrispondente? Che la liberazione dal debito, ottenuta in questo caso dal figlio, sia *a titolo lucrativo*, è indubitato; com'è evidente che ne deriva pel figlio stesso un aumento di patrimonio. Ma ciò non basta ancora per far luogo, secondo l'art. 228, ad una estensione del diritto d'usufrutto legale. Bisognerebbe che dal titolo lucrativo fosse provenuto al figlio *un bene determinato*, sul quale l'usufrutto paterno potesse prendere sede; il che non si verifica nel caso supposto. Certamente dalla remissione di debito in favore del figlio — se quel debito era produttivo d'interessi — potrà derivare anche indirettamente un benefizio per l'usufrutto legale di cui il padre goda su gli altri beni del figlio, perchè il padre stesso sarà in tal modo liberato dall'onere di pagare gl'interessi di quel capitale (art. 230, n. 2, cod. civile). Ma supposto che il figlio non avesse altri beni soggetti all'usufrutto paterno, per esempio non possedesse che una eredità lasciatagli colla condizione che il padre non ne godesse (art. 229, n. 1, codice civile) e fosse un debito di quella eredità che gli venisse condonato dal terzo creditore, il padre non potrebbe

pretendere di assoggettare ad usufrutto in proprio favore una parte dei beni di quella eredità, i quali corrispondessero in valore alla somma del debito rimesso al figlio. Non lo potrebbe, perchè questa remissione, quantunque costituente senza dubbio un *titolo lucrativo*, non avrebbe però fatto entrare nel patrimonio del figlio un bene determinato su cui potesse stabilirsi l'usufrutto in favore del padre, nè d'altra parte sarebbe ammissibile che questi potesse invece colpire coll'usufrutto altri beni che ne fossero esenti, o in forza di disposizione dell'uomo autorizzata dalla legge, o per virtù diretta della disposizione della legge medesima.

263. Alcuni beni possono provenire al figlio da titolo lucrativo anche per disposizione legislativa; ed anzi gli acquisti che si facciano per legge possono considerarsi tutti come dipendenti da *titolo lucrativo*, nel senso generale che abbiamo altra volta indicato (1), perciocchè non formano mai correspettivo d'altri beni di colui al quale sono attribuiti, nè dell'opera personale di lui.

Il primo caso che si presenta naturalmente al pensiero è quello dell'*acquisto per diritto di accessione*. Ma intorno a ciò gli effetti che tale acquisto possa produrre, per rapporto all'usufrutto legale in favore del genitore dell'acquirente, dipendono evidentemente dai principii generali; secondo cui l'accessorio dovendo necessariamente seguire la sorte del principale, ne deriva che tutto debba dipendere dall'essere o no soggetta all'usufrutto legale paterno la cosa a cui s'incorpori o si unisca quella che venga per tale causa acquistata dal figlio (art. 446 cod. civile).

Un altro caso è quello della *occupazione;* la quale come è un modo di acquisto della proprietà, a titolo lucrativo, si comprende essa pure nella disposizione generale dell'articolo 228. Nè si potrebbe pensare che cadesse all'opposto nella eccezione stabilita dal n. 4 dell'art. 229 ; perciocchè

(1) V. sopra, n. 261, pag. 708.

il semplice fatto accidentale della occupazione non è per certo parificabile a quel *lavoro* di cui è parlato nella predetta disposizione.

Gli scrittori nostri hanno infatti concordemente adottata la massima insegnata dagli autori francesi, che l'usufrutto legale del padre si estende anche al *tesoro*, che sia stato trovato dal figlio nel fondo proprio o nell'altrui, o da un terzo nel fondo del figlio (1). Nessun dubbio può esservi allorchè il tesoro essendo stato *scoperto per caso* nel fondo altrui dal figlio, ne spetti a lui metà, secondo l'art. 714; poichè essendo questo un *puro lucro* che il figlio fa, è quindi certamente applicabile la disposizione dell'art. 228. Se mai potesse sorgere qualche ragione di dubitare, sarebbe quando il tesoro si trovasse in un fondo del figlio — o vi fosse scoperto da lui medesimo, nel qual caso gli apparterrebbe per intero; o da un terzo, nella quale ipotesi ne spetterebbe ancora la metà al figlio stesso proprietario (art. 714 codice civile) — e quando d'altra parte quel fondo non fosse soggetto all'usufrutto legale del padre.

Allora potrebbe nascere il pensiero che l'attribuzione del tesoro al figlio, nella qualità sua di proprietario del fondo in cui è stato scoperto, dipendesse da una specie di diritto di *accessione;* epperò il fondo essendo esente dall'usufrutto legale paterno, anche al tesoro, attribuito *accessoriamente* in proprietà al figlio, dovesse comunicarsi il medesimo benefizio. Il concetto fondamentale di quest'argomentazione sarebbe però manifestamente sbagliato; perciocchè l'idea dell'*accessione* è affatto estranea al *tesoro*, ed ai motivi pei quali la proprietà di esso è attribuita in tutto o per metà, secondo i casi, al proprietario del fondo in cui il tesoro è scoperto. Il tesoro, anche prima d'essere trovato e tolto dal fondo è per natura sua un *bene mobile*,

(1) V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, ecc., t. I, n. 150; Demolombe, t. VI, n. 503-504; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 7; Borsari, *Comm.*, art. 229, § 529, pag. 834; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. 1, n. 552, pag. 382; Buniva, op. cit., vol. II, pag. 176-177.

affatto distinto dal fondo stesso, nel quale è nascosto come starebbe rinchiuso in un mobile qualunque (articolo 714, § 2, codice civile). Sarebbe dunque assurdo il considerarlo quale *accessorio del fondo*. E come l'usufruttuario di questo non avrebbe diritto alcuno sul tesoro che vi si scoprisse (art. 494, § u°, codice civile), così per identica ragione il non avere l'usufrutto sul fondo non può impedire di acquistare un tale diritto sul tesoro, quando d'altronde presta a ciò fondamento il titolo lucrativo, dal quale proviene al figlio la proprietà totale o parziale del tesoro stesso.

Può darsi che il figlio acquisti per legge la proprietà d'una cosa mediante la *prescrizione;* sia congiungendo il proprio possesso a quello dell'autor suo per gli effetti della prescrizione trentennaria o decennale, secondo i casi (articoli 693, 2135, 2137 cod. civile), sia anche valendosi soltanto del possesso proprio per gli effetti della prescrizione decennale. Il padre avrà dunque sui beni acquistati dal figlio con tal mezzo il diritto d'usufrutto legale? Notiamo che la prescrizione decennale serve a convalidare definitivamente in favore del possessore l'acquisto ch'egli ha fatto *per giusto titolo e in buona fede;* e quando per gli effetti della prescrizione trentennaria il figlio abbia *continuato il possesso della persona a cui è succeduto*, è sempre la successione stessa che costituisce *il titolo* di trasmissione a lui di quei beni. Ne segue pertanto che a determinare se al padre competa o no l'usufrutto legale, debbasi considerare il titolo di successione, o quello di acquisto particolare pel quale il figlio è entrato in possesso dei beni di cui si tratta, piuttostochè quello di prescrizione mediante il quale ne ha consolidato l'acquisto. Così se il figlio abbia acquistato un immobile, impiegandovi capitali non soggetti all'usufrutto paterno, o lo abbia avuto in una eredità lasciatagli sotto condizione che il padre non ne avesse l'usufrutto, non varrà a render soggetto quell'immobile all'usufrutto legale la circostanza della prescrizione, mediante la quale soltanto ne sia stata definitivamente consolidata nel figlio

la proprietà. All'opposto se il titolo d'acquisto di quell'immobile fosse tale da renderlo soggetto all'usufrutto legale, non solo la prescrizione compiuta convaliderebbe definitivamente anche questo usufrutto in favore del padre, ma anche nel corso della prescrizione stessa egli potrebbe giovarsi del possesso del figlio su quell'immobile, per esercitare tutti i diritti dipendenti dall'usufrutto legale.

264. (II) Nei primi tre numeri dell'art. 229 sono stabilite eccezioni per le quali certi beni, quantunque acquistati dal figlio a titolo lucrativo, non sono però compresi nell'usufrutto attribuito al genitore che esercita la patria potestà.

" Non sono soggetti all'usufrutto legale:

" 1° I beni lasciati o donati colla condizione che il " padre non ne abbia l'usufrutto, la quale condizione però " sarà senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a " titolo di legittima;

" 2° I beni lasciati o donati al figlio per imprendere " una carriera, un'arte o una professione;

" 3° I beni pervenuti al figlio per eredità, legato o " donazione accettata nell'interesse del figlio contro il " consenso del padre „.

A questi casi è da aggiungerne un quarto, contemplato in altra parte del codice, e del quale avemmo altra volta occasione di far cenno: quello di una eredità devoluta al figlio per esserne stato escluso il genitore a cagione d'indegnità (art. 728 § 2, 766 cod. civile).

Alcuni dei codici Italiani, adottando una massima insegnata dal diritto Giustinianeo (Nov. 118, cap. II), stabilivano pure che il padre " non avesse l'usufrutto di quei " beni nei quali per eredità *ab intestato* consuccedesse al figlio „ (art. 94 cod. Parm. — 228 cod. Alb. — 132 cod. Est.).

Ma il codice Italiano non ha nel titolo della patria potestà nessuna parola che accenni ad una tal massima;

ed anzi merita osservazione che mentre il n. 3 dell'articolo 229 fu tratto, quasi alla lettera, dall'articolo 228 del codice Albertino, fu però soppressa quella parte appunto in cui si diceva che " il padre non avrebbe l'usufrutto " dei beni pervenuti al figlio per eredità *ab intestato* deferita " ad ambidue „.

E neppure nell'art. 740, che ammette alla successione per capi i genitori e i fratelli o sorelle germani del defunto, si accenna menomamente ad una limitazione che questa regola possa apportare all'altra generale circa l'usufrutto legale, che sulla porzione devoluta al fratello o alla sorella possa spettare al genitore.

Anche sulla quota di successione, che fosse devoluta al figlio insieme col padre, apparterrebbe dunque a quest'ultimo il diritto d'usufrutto legale a norma della disposizione generale dell'art. 228 del codice civile. La qual massima, d'altra parte, è anche la più conforme a ragione ed ai principii comuni. Quando pure si tratti di successione intestata, non è giusto considerare l'attribuzione dell'usufrutto al padre sulla quota devoluta al figlio come lesiva di quel principio di eguaglianza, che è fondamentale nei rapporti tra successori legittimi. Una tale lesione vi sarebbe se sul medesimo titolo di successione si fondasse il diritto d'usufrutto pel padre; il quale avrebbe, com'è di regola, la piena proprietà della sua quota, mentre l'altro coerede non avrebbe che la nuda proprietà della porzione sua. Ma è per un titolo ben diverso che il padre invoca quell'usufrutto, per quello cioè che gli deriva dalla qualità sua personale di genitore esercente la patria potestà, e come potrebbe reclamarlo in qualunque altra eredità che fosse devoluta al figlio. Se poi si tratti di successione testamentaria, è ancor più evidente non potersi ammettere — come, del resto, non l'ammettevano neppure le legislazioni anteriori già ricordate — che la successione del padre col figlio tolga a quello il diritto d'usufrutto sulla quota toccata a quest'ultimo. Il testatore avrebbe certamente potuto,

a norma dell'art. 229, n. 1, privare il padre dell'usufrutto dei beni che nei limiti della disponibile lasciava al figlio. Ma non avendolo dichiarato, non è da presumere che lo volesse per ciò solo che chiamava insieme come coeredi il padre ed il figlio. Anzi è da presumere naturalmente il contrario; poichè non potendo ignorare che per legge i beni provenienti da successione al figlio soggetto a patria potestà cadono sotto l'usufrutto legale a favore del padre, e non avendo disposto il testatore in contrario, deve ritenersi aver esso voluto che il padre medesimo, oltre alla piena proprietà della quota in cui lo istituiva, avesse anche il godimento di quella lasciata al figlio, finchè questi non fosse emancipato o non avesse raggiunto l'età maggiore.

265. (*a*) La prima delle eccezioni, recate dall'articolo riferito nel numero precedente, è dunque pei *beni lasciati o donati al figlio colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto.*

I motivi di questa disposizione sono assai facili a riconoscersi, e la dottrina è concorde intorno ad essi. Dovevasi lasciare al testatore o donante la massima libertà nel disporre delle proprie sostanze, e nell'apporre alle liberalità sue quelle condizioni che reputasse opportune, purchè queste non fossero contrarie alla legge, nè al buon costume (art. 849, 1065 cod. civ.). Ora la condizione che il genitore non debba godere dei beni lasciati o donati al figlio non ferisce per nulla il buon costume. E la legge, ben lungi dal proibire una tale condizione, ebbe anzi cura di dichiararla espressamente lecita; perchè da una parte il togliere al genitore l'usufrutto legale sui beni che si lascino o si donino al figlio non è cosa che offenda l'ordine pubblico, ma riguarda unicamente l'interesse privato del genitore stesso; e d'altra parte il vietare al testatore o donante di apporre una tale condizione avrebbe potuto distoglierlo dal beneficare il figlio, facendo così ricadere a danno di lui l'avversione che nutrisse contro il genitore, senzachè

poi quest'ultimo ne ritraesse vantaggio di sorta alcuna pel suo usufrutto legale.

La legge parla in genere di *beni lasciati o donati;* ond'è chiaro che in qualunque atto di liberalità — sia poi d'istituzione d'erede, o di legato, o di donazione — si può apporre la clausola che privi il genitore dell'usufrutto legale.

E tanto si può privarne un solo dei genitori quanto ambidue. Solo è da ricordare in proposito che — come crediamo di aver dimostrato — sarebbe da presumere, salvo prova in contrario, che la privazione dell'usufrutto, quantunque inflitta nominatamente contro il solo genitore attualmente investito dell'esercizio della patria potestà, dovesse però, secondo l'intenzione del disponente, estendersi anche all'altro genitore (1).

Quando poi la proibizione dell'usufrutto dovesse veramente, secondo la volontà del disponente, colpire uno dei genitori e non l'altro, questi godrebbe dell'usufrutto se e quando si verificasse il caso dell'attuazione di tale diritto in favor suo, secondo i principii generali già dimostrati.

Il codice Francese (art. 387), e a sua imitazione quello pel regno delle Due Sicilie (art. 301), il Parmense (art. 93), l'Albertino (art. 227) e l'Estense (art. 131) volevano che fosse *espressa* la condizione per la quale il genitore fosse privato dell'usufrutto legale. Uno scrittore nostro ha creduto di poter supporre anche nella disposizione dell'articolo 229, n. 1, del codice Italiano questa parola che non vi si trova (2). Ed anzi è notevole che questa disposizione del codice attuale fu tratta dal testo dell'art. 227 del codice Albertino, sopprimendo però la parola — condizione *espressa;* il che certamente non fu fatto a caso. Altri commentatori hanno infatti ritenuto che non sia necessaria *l'espressa* condizione, ma basti che la volontà del testatore o donante

---

(1) V. sopra, n. 256, pag. 692-694.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 553, 1°, pag. 383.

di privare il genitore dell'usufrutto risulti con sufficiente certezza, secondo il prudente apprezzamento dei tribunali (1). E il *Borsari* nota giustamente a tale proposito che " l'aggiunto — condizione *espressa* — è stato tolto, perchè " si è veduto che, malgrado la forza di questa parola, si " andavano cercando gli equivalenti per dedurre dall'og- " getto e dai modi delle istituzioni la volontà negativa del- " l'usufrutto paterno, e si facevano le quistioni. Di pre- " sente si è anche più disposto a desumere la volontà " dall'ordine dei fatti con quelle facoltà di apprezzamento " che suol essere lasciato al giudice in simili casi ".

Crediamo però necessaria un'avvertenza, affinchè non si allarghi di troppo quest'ultimo concetto. I commentatori d'un codice, nel quale richiedevasi che la condizione, per cui si privasse il padre dell'usufrutto dei beni lasciati o donati al figlio, fosse *espressa*, interpretavano questa parola in senso assai più ampio di quanto si suolesse intenderla; poichè reputavano potersi considerare come *espressa* la condizione *quando risultasse chiaramente da una clausola speciale o dall'insieme delle clausole dell'atto di liberalità*, perchè l'esecuzione di tali clausole fosse *incompatibile con l'usufrutto paterno;* per esempio quando il testatore avesse stabiliti i modi in cui dovessero essere impiegati a vantaggio del figlio i redditi dei beni a lui lasciati (2). In realtà si veniva così a sostituire la condizione *tacita all'espressa*. Epperò qualche altro scrittore, più ossequente al testo della legge, disse essere necessario almeno che la volontà del disponente, di escludere l'usufrutto paterno, risultasse manifesta *dalle parole stesse di cui egli si fosse servito* (3). Gli autori del codice Italiano vollero evidentemente attenersi

---

(1) V. Buniva, op. cit., vol. II, pag. 177; Borsari, *Comm.*, art. 229, § 531, pag. 836.

(2) V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, ecc., t. I, n. 153; Demolombe, t. VI, n. 508 e seg.; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 9.

(3) V. Laurent, t. IV, n. 326, pag. 428.

alla dottrina prevalente in Francia; ma appunto perciò mutarono la dizione, che mal si adattava a quella dottrina, e non parlarono più di condizione *espressa*. Tuttavia richiesero sempre, per la esclusione dell'usufrutto legale, che il testatore o donante ne abbia fatto una *condizione* della sua liberalità in favore del figlio; il che manifestamente suppone che questa volontà del disponente *risulti dall'atto stesso di liberalità*. È dunque bensì ammessa la *condizione tacita*, nel senso che la esclusione dell'usufrutto legale basta che risulti anche solo indirettamente dalle disposizioni contenute nell'atto di liberalità, perchè tali disposizioni siano inconciliabili coll'usufrutto legale a vantaggio del genitore. E per esempio quando si rinnovasse il caso, che fu deciso a favore del figlio dai tribunali francesi, che un testatore avesse legato al figlio stesso una somma, stabilendo che metà di essa dovesse servire all'educazione del legatario, e l'altra metà essere impiegata a cura dell'esecutore testamentario nel modo che egli reputasse più utile e più sicuro, dovrebbe fuor di dubbio ritenersi presso noi che il padre fosse privato dell'usufrutto; poichè con tale diritto di lui sarebbe incompatibile il modo obbligatorio d'impiego prescritto dal testatore; quantunque una tale risoluzione sia stata censurata, non senza grave motivo, sotto il codice Francese, il quale richiedeva che la condizione esclusiva dell'usufrutto legale fosse espressa.

Ma non crederemmo poi lecito ai giudici di trarre da fatti estrinseci all'atto di liberalità argomenti di presunzione per ritenere provata la intenzione del disponente di privare il padre dell'usufrutto legale. Basta la *condizione* anche *tacita*, ma dev'essere veramente una *condizione apposta all'atto di liberalità*, e deve quindi risultare *dal contenuto dell'atto* medesimo; non può bastare una *volontà tacita*, che si reputi emergere da *circostanze estrinseche* abbandonate al potere discrezionale dell'autorità giudicante. Tale almeno sembra a noi la interpretazione più razionale del nostro art. 229, n. 1.

Resta nondimeno di risolvere qualche speciale difficoltà, che l'applicazione dell'articolo predetto può presentare.

Abbiamo già avuto occasione di parlare incidentemente di una disposizione, che quantunque scritta in altro titolo riguarda anche l'esercizio della patria potestà; vogliam dire dell'art. 247, che permette *a chiunque istituisce erede un minore, di nominargli un curatore speciale per la sola amministrazione delle sostanze che gli trasmette, sebbene il minore sia sotto la patria potestà* (1). Supponiam dunque che una tale disposizione sia stata fatta dal testatore. Basterà ciò per poterne indurre anche la privazione dell'usufrutto legale a danno del genitore che esercita la patria potestà?

Che qui si trattasse d'una *condizione che risulterebbe dall'atto stesso di liberalità* non potrebbesi dubitare; ma sarebbe in ogni caso una *condizione tacita*, la quale perciò non potrebb'essere stabilita se non per la incompatibilità della disposizione testamentaria coll'usufrutto legale a favore del genitore. Ora, questa inconciliabilità esiste forse? Ci sembra evidente che no. I diritti di amministrazione e d'usufrutto del genitore, che esercita la patria potestà sono perfettamente distinti tra loro; e quantunque generalmente coesistenti, e tuttavia produttivi di effetti particolari e separati per ciascuno di essi, possono però disgiungersi anche di fatto, ed esistere l'uno senza l'altro; l'amministrazione senza l'usufrutto, o l'usufrutto senza l'amministrazione propriamente tale nell'interesse del minore. L'aver dunque privato il padre dell'amministrazione dei beni, nei quali il disponente abbia istituito erede il figlio, non è inconciliabile colla conservazione a profitto del padre stesso dell'usufrutto legale su quei beni. Il padre eserciterà tutti i diritti dipendenti dalla qualità sua di usufruttuario; il curatore speciale, nominato dal testatore, eserciterà in rappresentanza del figlio tutti i diritti a questo appartenenti come proprietario dei beni. L'una cosa non è incompatibile con

(1) V. sopra, n. 184, pag. 416 e seguenti.

l'altra; come non sarebbe inconciliabile l'esercizio dell'amministrazione paterna sui beni che il testatore avesse lasciati al figlio in nuda proprietà, coll'usufrutto di cui il testatore medesimo avesse disposto in favore di un terzo.

Sotto diverso aspetto può incontrarsi un altro dubbio circa l'applicazione del nostro articolo. Esso parla di *beni lasciati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto.* Ma sarà applicabile quando la persona della cui eredità si tratti non abbia fatta disposizione testamentaria che per privare dell'usufrutto legale il genitore di colui che gli succeda per legge? Era un parente materno, di cui il figlio era solo erede per successione legittima; e quel parente ha fatto testamento limitandosi a questa sola disposizione, che il padre del suo erede legittimo non abbia a godere dei beni della eredità. Il caso non rientrerà, se vuolsi, materialmente nella disposizione dell'art. 229, n. 1; perchè potrà dirsi che il testatore non abbia fatto nè una istituzione nè un legato a favore del figlio, lasciando semplicemente luogo alla devoluzione della propria successione secondo la legge, e la privazione dell'usufrutto da lui ordinata a danno del padre non costituisca dunque la *condizione di una liberalità*, mentre è la *disposizione unica* del testamento. Tuttavia sarebbe manifesto errore il ritenere inapplicabile in questa ipotesi il predetto articolo, e quindi inefficace la disposizione del testatore. Egli ha lasciati effettivamente i beni suoi al figlio, non disponendo diversamente dalla legge, che devolveva la successione a costui; e la privazione dell'usufrutto legale ordinata a danno del padre, quantunque sia di fatto la sola disposizione testamentaria, costituisce però, secondo la intenzione del testatore e nel senso dell'art. 229, n. 1, la condizione della liberalità; senza la qual condizione, o se avesse dovuto supporla inefficace, il testatore avrebbe forse piuttosto voluto privare il figlio stesso della eredità, che permettere che avesse a goderne l'usufrutto il padre. Non si sorpassa dunque il testo della legge, certamente poi si conforma allo spirito di essa, ritenendo,

come pare certo, che anche la disposizione in atto testamentario, la quale rechi unicamente la privazione dell'usufrutto al padre, sulla eredità che si devolva per legge al figlio, debba avere piena efficacia secondo l'art. 229, n. 1.

266. Alla regola di cui finora parlammo lo stesso articolo 229, n. 1, porta però una limitazione, dichiarando che la condizione per la quale il padre sia privato dell'usufrutto " *sarà senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio* " *a titolo di legittima* ".

Era questa una massima stabilita dal diritto Giustinianeo (Nov. 117, cap. I); ed anche in diritto francese la più gran parte degli autori la ritenevano applicabile (1). Qualche opinione contraria erasi però manifestata (2), fondandosi sopra un argomento assai specioso. La disposizione del testatore — dicevasi — non potrebb'essere impugnata se non mediante la *riduzione* di essa, siccome eccedente la disponibilità conceduta dalla legge al testatore stesso. Ora l'azione in *riduzione* non può essere esercitata fuorchè dall'erede legittimario o da chi lo rappresenti; mentre nell'ipotesi attuale l'erede legittimario essendo tutt'altro che offeso nei suoi diritti — poichè si suppone che gli siano lasciate legittima e disponibile libere dall'usufrutto del padre — non può dunque esser caso di esercitare l'azione in riduzione in nome di lui; e sarebbe poi assurdo che il padre la esercitasse in danno del legittimario stesso, per rivolgere contro di lui e nel proprio esclusivo interesse la disposizione di legge che assicura la quota legittima.

Contro quest'argomentazione si cercarono risposte ingegnosissime, ma in fondo poco decisive, perchè si trascurò

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 1067; Delvincourt, t. I, pag. 97, n. 6; Duranton, t. III, n. 376; Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, chap. V, sect. III, p. 263; Demolombe, *De l'usufruit*, t. I, n. 152; Marcadé, art. 387, § II, t. II, n. 163; Laurent, t. IV, n. 327, pag. 428 e seguenti.

(2) V. Duvergier sur Toullier, l. c.; Valette sur Proudhon, l. cit., pag. 264.

di guardar bene alla base da cui essa partiva: base erronea, per quanto a noi pare, perchè supponeva che il padre, per conservare il proprio diritto d'usufrutto sulla quota legittima spettante al figlio, avesse dovuto ricorrere all'*azione ordinaria di riduzione*, quasichè la disposizione del testatore avesse ecceduto la porzione disponibile in danno del figlio. Ma il padre non aveva bisogno di valersi di questo mezzo, che incontestabilmente sarebbe stato impraticabile per lui. S'egli domandava una *riduzione*, non lo faceva già in rappresentanza del figlio, ed esercitando l'azione ordinaria a questo spettante contro le liberalità eccedenti la porzione disponibile del testatore: ma lo faceva *in nome proprio*, in opposizione d'interessi col figlio stesso, e con un'azione tendente unicamente a salvare il proprio diritto d'usufrutto legale contro le limitazioni arbitrarie che il testatore avrebbe voluto imporgli. Con ciò cadeva tutta l'argomentazione fondata sull'applicazione dei principii generali intorno all'*azione in riduzione* propriamente detta e costituente un mezzo di sanzione del diritto di legittima.

Ma comunque sia, non è caso per noi di doverci addentrare molto in una discussione a cui dava luogo il silenzio del codice Francese intorno al diritto che potesse spettare al padre, d'impugnare la disposizione per la quale il testatore volesse privarlo dell'usufrutto sui beni spettanti al figlio a titolo di legittima. Il nostro legislatore ha parlato anche su ciò; e, riportando la disposizione dell'art. 227 del codice Albertino, ha accordata al padre un'azione speciale, ch'egli può esercitare in nome proprio, per far ridurre entro i limiti della sola disponibile la clausola per la quale il testatore abbia voluto privarlo dell'usufrutto legale sui beni nei quali sia chiamato a succedere il figlio. Tutto quello che ci resta a fare è dunque di ricercar le ragioni, per le quali la concessione di questa speciale azione possa essere giustificata. E ciò in verità non è difficile. Il principio generale è che chi lascia o dona beni al figlio possa apporre come *condizione alla propria liberalità* che il padre

non abbia l'usufrutto di quei beni. Ora è forse concepibile un atto di liberalità rispetto a quei beni che sono sottratti alla disponibilità del testatore, a quei beni che non si potrebbe non lasciare al figlio? È mai concepibile che si subordini ad una condizione il dar quello che non si ha facoltà di negare? D'altra parte il motivo che ha dato luogo a concedere la facoltà di vietare l'usufrutto legale, per favorire le liberalità in pro del figlio, sussiste forse più quando si tratta della legittima, nella quale il figlio succede anche contro la volontà della persona della cui eredità si tratta? Se dunque il testatore, togliendo al padre dell'erede suo l'usufrutto dei beni costituenti la legittima, ha fatto un atto che non gli era lecito, dev'essere conceduto a chi vi ha interesse il mezzo per poter impugnare quell'atto; dev'essere attribuita al padre una speciale azione, esercitando la quale in nome proprio egli possa nel suo esclusivo interesse far ridurre la disposizione del testatore entro i limiti della *disponibile*, per la quale soltanto egli poteva apporre condizioni alla propria liberalità. Tale ci sembra il fondamento chiaro e incontestabile di questa legge; la quale avrà applicazione ogni volta che la madre o, premorta lei, un avo materno istituisca erede il figlio colla condizione che il padre non abbia l'usufrutto dei beni lasciati; e lo stesso sarebbe, ben s'intende, se fosse invece il padre od un avo paterno, che volesse privare totalmente la madre dell'usufrutto legale sui beni dell'eredità.

La legge però non parla solo dei beni lasciati per testamento, ma anche di quelli *donati;* e dice ugualmente che la condizione che il genitore non ne abbia l'usufrutto legale *sarà senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima.* Intorno a che è necessaria qualche riflessione.

Non è possibile determinare se le donazioni fatte al legittimario eccedano la porzione disponibile del donante, fintantochè non siasi aperta la successione di quest'ultimo. Durante la vita di lui potendo sempre aumentarsene il patrimonio, potrebbe anche la donazione, che al tempo in

cui fu fatta sarebbe stata lesiva della legittima, contenersi nei limiti della disponibile. Oltre a ciò è da considerarsi che la donazione per se stessa, sebbene fatta a favore del legittimario, è sempre una vera liberalità, poichè il diritto alla legittima non si apre che al momento della morte della persona nella cui successione deve aver luogo. Come questa persona potrebbe non donare al proprio erede legittimario, così può anche donando apporre quelle condizioni che voglia, purchè non sieno contrarie alla legge o al buon costume; e fra le altre può apporre questa, che la legge lungi dal proibire, autorizza anzi espressamente, che cioè il genitore esercente la patria potestà sul donatario non goda l'usufrutto dei beni donati. E se non fosse così, è chiaro come potrebbesi rinnovare quell'inconveniente e quel danno pel figlio, che la legge volle evitare; che cioè taluno si astenesse dal far la donazione al figlio piuttostochè dar causa in favore del padre al benefizio dell'usufrutto legale sui beni che sarebbero oggetto della liberalità. È solo all'aprirsi della successione che la donazione eccedente la porzione disponibile si converte effettivamente in *legittima;* è solo allora che aprendosi il diritto del legittimario, anche il padre può esercitare sui beni costituenti la legittima il proprio diritto d'usufrutto legale, non ostante qualunque proibizione del testatore o donante; e a quel tempo, non prima, concorrono infatti tutti i motivi che indussero il legislatore a mantenere contro tale proibizione il diritto d'usufrutto legale del genitore. Da tutto questo deriva pertanto che quando la legge dice essere senza effetto la condizione che il padre non abbia l'usufrutto dei *beni donati*, qualora questi siano *riservati a titolo di legittima*, ciò deve intendersi solo in relazione al tempo posteriore all'aprimento della successione; ma nell'intervallo tra la donazione e la morte del donante la condizione da lui apposta ha pieno effetto, senza possibilità di reclamo da parte del genitore, che il donante stesso abbia privato dell'usufrutto legale sui beni donati.

Ma se il padre avesse in nome del figlio accettata la donazione così condizionata, senza fare nel proprio interesse nessuna protesta o riserva circa il diritto che gli potesse competere più tardi d'impugnare quella condizione per la quota spettante al figlio a titolo di legittima, si farebbe luogo, dopo aperta la successione, ad opporgli tale accettazione come una *rinunzia tacita* a quel diritto? Così pensarono da prima alcuni autori (1). Ma la loro dottrina fu respinta dai più recenti scrittori (2). L'accettazione, fatta dal padre, della donazione nell'interesse del figlio non può infatti essere considerata giustamente come costituente rinunzia al diritto proprio del padre stesso; al diritto ch'egli ha nel proprio interesse e in conflitto con quello del figlio medesimo, d'impugnare la condizione apposta a quella liberalità in offesa delle ragioni d'usufrutto legale. D'altro lato una tale rinunzia non sarebbe neppure stata legalmente possibile, poichè avrebbe avuto per oggetto un diritto sopra una eredità non ancora aperta (art. 1118, § 2, cod. civ.). Ogni riserva o protesta del padre, nell'accettare la donazione del figlio, sarebbe dunque superflua; e il non esserne stata fatta alcuna non pregiudicherebbe in nessun modo al diritto di lui d'impugnare — dopo aperta la successione del donante — la condizione che lo priverebbe dell'usufrutto legale, per quanto riguardasse la parte di beni donati che dovesse considerarsi come integrante la porzione legittima spettante al figliuol suo.

267. (*b*) La seconda eccezione, riguardante *i beni lasciati o donati al figlio per imprendere una carriera, un'arte o una professione*, dipende dal medesimo principio della prima: inquantochè anche questi beni si ritengono *lasciati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto.* Solamente non vi è bisogno in questo caso che tale con-

(1) V. Toullier, t. II, n. 1067; Proudhon, *Traité des dr. d'usufruit*, ecc., t. I, n. 152.

(2) Vazeille, *Du mariage*, t. II, n. 147; Demolombe, t. VI, n. 514.

dizione risulti nè espressamente nè tacitamente dall'atto della donazione o del testamento: perchè la legge stessa la *presume*. E questa presunzione legale ha un fondamento facilmente riconoscibile; imperocchè la destinazione stessa della liberalità dà ragione di supporre nel testatore o donante l'intenzione d'escludere l'usufrutto paterno, che potrebbe diminuire notevolmente i mezzi sui quali si è contato per render possibile al beneficato l'imprendere quella tal carriera, professione od arte. Onde apparisce che nulla influirebbe contro tale presunzione il tempo, per quanto lungo, che dovesse trascorrere prima che la cosa o somma lasciata o donata dovesse essere impiegata all'uso di sua destinazione.

La presunzione suddetta non potrebbesi però considerare come assoluta, non ricorrendo alcuno dei casi nei quali è ritenuta tale (art. 1353 cod. civ.). Sarebbe quindi ammissibile la *prova in contrario*, come per ogni altra presunzione semplice; potrebbe cioè il genitore provare la intenzione del testatore o donante di non togliergli l'usufrutto legale sui beni lasciati o donati al figlio. Cosicchè tutto si riduce a questo, che mentre in generale bisogna provare contro il genitore, che il testatore o donante abbia apposta alla propria liberalità la *condizione espressa o tacita che il genitore medesimo non ne abbia l'usufrutto*, e tale prova deve risultare, come dimostrammo, *dall'atto stesso del testamento o della donazione;* quando invece si tratta di lascito o donazione fatta in favore del figlio affinchè egli imprenda una carriera, un'arte o professione, quella condizione si presume, e spetta al genitore il provare che il testatore o donante avesse l'intenzione contraria.

Questa però non è necessario che risulti *dall'atto*, ma può dimostrarsi ricorrendo anche a fatti estrinseci; sia perchè il motivo addotto riguardo al caso contemplato nel n. 1 dell'art. 229 — che, cioè, trattandosi d'una *condizione* la quale si affermi essere stata apposta dall'autore della liberalità, sia indispensabile che risulti dall'atto medesimo di

essa — non sussiste più in questa nuova ipotesi, in cui non si ha da provare positivamente una condizione apposta, ma anzi da escluderla; sia perchè poi non trattandosi che di distruggere una *presunzione semplice* della legge, si può farlo, secondo i principii generali, coll'aiuto di fatti o circostanze quali che siano, da cui possa emergere la insussistenza di quella presunzione. Parimente circa i mezzi di tale prova è indubitato poter valere tutti quelli ordinariamente ammessi per la constatazione di qualunque fatto giuridico: quindi anche le testimonianze e le presunzioni, il cui apprezzamento rimane abbandonato al potere discrezionale dei tribunali.

Affinchè abbia luogo la eccezione stabilita dal n. 2 dell'art. 229, è necessario che il lascito o la donazione sia stata fatta allo scopo che il figlio imprenda una carriera, professione od arte. E bisogna che tale destinazione sia stata *espressa nell'atto* dal testatore stesso o dal donante; perciocchè si tratta d'una eccezione, che sulla base della presunta volontà del beneficante si fa al principio generale dell'usufrutto legale dei genitori; epperò tale eccezione non può ammettersi, se non osservando col più stretto rigore le prescrizioni della legge, la quale non esclude l'usufrutto legale se non quando i beni siano stati *lasciati o donati per imprendere una carriera, professione od arte*; il che suppone dunque che l'atto stesso contenga la dichiarazione di quella destinazione. È troppo chiaro poi che se tale dichiarazione fosse fatta dal donante dopo che fosse stata accettata la donazione, non sarebbe possibile ch'egli privasse con ciò il genitore dell'usufrutto legale, che costituirebbe per lui un diritto già acquisito.

Non sarebbe però indispensabile che il testatore o donante avesse specificatamente indicata la carriera, arte o professione, per imprender la quale lasciasse o donasse beni al figlio. Quand'anche avesse dichiarata soltanto genericamente la destinazione del legato o della donazione, lasciando poi che il figlio scegliesse quella professione od

arte che più gli convenisse, si sarebbe ancora esattamente nei termini di questa disposizione dell'art. 229, n. 2, e ne concorrerebbero ugualmente i motivi, sicchè non parrebbe potersi dubitare della sua applicabilità.

Alcune legislazioni anteriori, da cui fu tratto il concetto di questa disposizione (cod. Parm., art. 92 — cod. Alb., art. 226 — codice Est., art. 129) parlavano di " beni lasciati o " donati all'oggetto d'intraprendere o continuare l'*eser-* " *cizio della milizia, delle scienze e delle arti liberali* ". Il codice Italiano ha evidentemente ampliato quel concetto, parlando di *qualunque carriera, arte o professione;* ond'è che sembra essersi voluto comprendere in questa espressione generale ogni donazione o legato fatto per dare uno stabilimento qual che siasi al figlio.

Non è contemplato in questo secondo numero dell'articolo 229 il caso previsto nel n. 1, che il lascito o la donazione si estenda a *beni riservati al figlio a titolo di legittima.* E ciò si spiega facilmente; poichè in generale saranno beni dei quali il testatore o donante abbia libertà di disporre, quelli ch'egli destini per aiutare il figlio ad imprendere una carriera, un'arte o una professione.

Tuttavia se in fatto accadesse altrimenti, se per servire a tale scopo fossero stati lasciati o donati beni, che all'aprirsi della successione del testatore o donante si riconoscessero eccedenti la porzione disponibile, non pare dubbio che dovesse ugualmente applicarsi la disposizione del n. 1 dell'art. 229; dovrebbero cioè quei beni considerarsi come soggetti all'usufrutto legale, nonostante la destinazione che sarebbe ad essi stata data dal disponente, e che li avrebbe, giusta la massima del n. 2 di questo articolo, sottratti a tale usufrutto.

Stanno infatti le stesse ragioni: i beni che devono pervenire al figlio a titolo di legittima non possono considerarsi giuridicamente come oggetto di liberalità da parte della persona sulla cui eredità è costituito tale diritto di legittima, nè quindi è lecito a questa persona l'apporre

alla trasmissione di quei beni una condizione, come farebbe vincolandoli ad una destinazione per la quale verrebbero sottratti all'usufrutto legale del genitore. Riguardo a quest'ultimo quella condizione dovrebbe quindi considerarsi come non apposta.

268. (*c*) In diritto romano era negato al padre l'usufrutto de' beni che fossero provenuti al figlio da successioni, donazioni o legati, di cui il padre medesimo avesse ricusato di autorizzare l'accettazione da parte del figlio:

" Si patre recusante filius adire hæreditatem voluerit, " nullam acquisitionem, nec usumfructum patri offerri „. (L. 8 Cod. — de bonis, quæ liberis in potestate patris constitutis, etc.).

Nulla di simile era disposto nel codice Francese. Siccome però, secondo quella legislazione, l'accettazione o la rinunzia di una eredità devoluta al minore non poteva esser fatta che *coll'autorizzazione del consiglio di famiglia*, gli autori proponevano il dubbio se quando, dissenziente il padre, la maggioranza del consiglio di famiglia avesse deliberata l'accettazione della eredità o quando avendo il padre ricusato di accettare una donazione fatta al figlio, l'avesse accettata per lui un altro ascendente, dovesse il padre medesimo esser privato dall'usufrutto sui beni ereditari o donati; e si accordavano nel rispondere negativamente (1). Di questa risoluzione era motivo principale, e veramente decisivo, che la privazione dell'usufrutto legale a danno del padre essendo una eccezione, avrebbe avuto bisogno di essere espressa formalmente dalla legge, la quale pel caso proposto non avea data nessuna disposizione. Aggiungevano inoltre quegli autori altre considerazioni secondarie; che il padre non poteva essere reputato indegno dell'usufrutto dei beni devoluti al figlio, per avere, forse

(1) V. Proudhon, *Traité des dr. d'usufruit*, ecc., t. I, n. 139; Duranton, t. III, n. 378; Demolombe, t. VI, n. 494.

in piena buona fede, dato voto contrario all'accettazione; che neppure poteva ammettersi aver esso rinunziato tacitamente con quel suo voto all'usufrutto, sia perchè aveva agito soltanto *come tutore*, e ciò non poteva portare nessun pregiudizio ai diritti suoi personali, sia perchè il suo rifiuto poteva avere tutt'altro motivo riguardante l'interesse medesimo del figlio, sia perchè, in fine, non sarebbe nemmeno stata possibile la rinunzia al diritto d'usufrutto quando questo non era ancora aperto, essendo necessariamente subordinato all'acquisto della proprietà da parte del figlio.

Nel codice Italiano fu accolta la disposizione dell'art. 228 del codice Albertino, che, escludendo l'usufrutto legale dai *beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione accettata nell'interesse del figlio contro il consenso del padre*, riproduceva in sostanza la massima del diritto romano.

Tutto quello che può restarci è dunque d'indagare se e per quali motivi possa essere giustificata tale disposizione; poichè uno degli scrittori nostri, approvando i concetti rilevati dagli autori francesi, ne ha fatto una viva censura (1).

Si dice ingiusto punire il padre per essersi opposto ad un'accettazione di eredità, legato o donazione, ch'egli può avere in buona fede reputata dannosa od almeno sconveniente pel figlio, mentre poi contro il sospetto di mala fede sta garante lo stesso interesse personale, che il padre avrebbe ad accettare, per l'usufrutto di cui godrebbe sui beni così acquistati dal figlio.

L'osservazione avrebbe valore irrecusabile se fosse esatto che la privazione dell'usufrutto legale fosse inflitta in questo caso al padre pel solo titolo di *pena civile;* ma, come altra volta notammo, se pure un tale concetto entra per qualche cosa nel fondamento di questa disposizione di legge, non è che secondariamente, mentre il motivo prin-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 229, vol. I, § 535, pag. 843.

cipale consiste nel presumersi che coll'opporsi all'accettazione della eredità, del legato o della donazione, il genitore abbia tacitamente rinunziato per conto proprio all'usufrutto che avrebbe potuto appartenergli sui beni lasciati o donati (1). Senonchè questa stessa idea della rinunzia è, come vedemmo, fortemente combattuta.

Si osserva che coll'opporsi all'accettazione della eredità, del legato o della donazione fatta al figlio minorenne il genitore non fa che agire *tutorio nomine*, e che quanto si opera in tale qualità non può pregiudicare ai diritti ed interessi personali dell'amministratore. Questa massima, insegnata dal diritto romano (L. 26 Cod. — de administratione tutorum vel curatorum), è certamente accettabile anche in diritto moderno, come principio di ragione. Ma affinchè si possa applicarla, bisogna naturalmente che sia possibile aversi l'effetto legale dell'atto compiuto in rappresentanza dell'amministrato, e nel medesimo tempo conservarsi il diritto personale dell'amministratore. Così nel caso della citata legge romana era perfettamente concepibile in diritto che il tutore, per adempiere l'ufficio proprio, autorizzasse il pupillo ad adire l'eredità in cui fosse istituito, e tuttavia il tutore medesimo, che fosse figlio del testatore, conservasse il diritto personale proprio d'impugnare il testamento in cui quella istituzione era fatta, per causa di preterizione.

Ma nell'ipotesi nostra manca una simile possibilità; imperocchè se il genitore, che esercita la patria potestà, ricusa l'eredità, il legato o la donazione disposta in favore del figlio, distrugge con ciò stesso inevitabilmente la base indispensabile del proprio diritto d'usufrutto sui beni lasciati o donati, non potendo competere a lui tale usufrutto se non sovra beni che siano in proprietà del figlio; ond'è affatto inconcepibile che ricusando la liberalità pel figlio, abbia però nel medesimo tempo la intenzione di

(1) V. sopra, n. 259, pag. 699 e seg.

conservare il diritto proprio d'usufrutto sui beni che di quella liberalità formano oggetto. L'idea della rinunzia all'usufrutto è dunque necessariamente implicita nell'atto di ricusare, in rappresentanza del figlio, la proprietà che a lui si devolverebbe.

Si oppone ancora che il rifiuto del padre può avere tutt'altro motivo che l'intenzione di rinunziare per sè al diritto d'usufrutto, può essere ispirato unicamente dall'interesse del figlio stesso. E sia; ed anzi è difficile supporre che avvenga altrimenti, perchè se il padre ripudia l'eredità devoluta al figlio, o il legato, o la donazione, non lo fa certo pel piacere di privarsi dell'usufrutto di quei beni, e non rimarrebbe che l'ipotesi, per avventura, assai rara, che si determinasse a quell'atto per mera malignità a danno del figlio. Ma tutto questo che importa? Non è già pel *motivo impellente*, ma per la natura stessa dell'atto, che la legge lo considera come producente la privazione dell'usufrutto legale. Ricusare l'eredità, il legato, la donazione — sia pure per motivi di solo interesse del figlio — e conservare nel medesimo tempo l'usufrutto paterno sui beni lasciati o donati, sono idee assolutamente ripugnanti tra loro; ecco perchè il rifiuto del padre ad accettare la liberalità pel figlio si reputa contenere necessariamente la rinunzia tacita all'usufrutto predetto.

Si obbietta da ultimo che non è concepibile la rinunzia al diritto d'usufrutto prima che esso sia aperto, e non lo è fino a quando coll'accettazione della liberalità nell'interesse del figlio non sia acquistata per lui la proprietà dei beni, sui quali l'usufrutto cadrebbe.

Anche a questo argomento, per quanto specioso, non ci sembra però che possa mancare una risposta decisiva. Essa è assai facile pel caso che si tratti d'una eredità. Pel figlio erede o legatario il diritto di proprietà sui beni ereditari o sulla cosa legata è acquistato fino dal momento dell'apertura della successione. Da quello stesso istante sorge quindi per virtù della legge il diritto d'usufrutto

sui beni medesimi a favore del padre. Come può dirsi dunque che ricusando poi di accettare pel figlio l'eredità o il legato, egli verrebbe quanto a sè a rinunziare ad un *diritto non ancora aperto?*

Qualche maggiore difficoltà può incontrarsi in ordine alla donazione; perchè essa non è perfetta, e non produce la trasmissione della proprietà della cosa donata al donatario, se non *dal giorno in cui questi ne abbia fatta l'accettazione* (art. 1057 cod. civile). Ed è innegabile che la donazione non per anco accettata non costituisce che una semplice *offerta* o *pollicitazione*, la quale non riveste attualmente il donatario d'alcun diritto, finchè non siasi verificata da parte sua l'accettazione. Ma dobbiamo veramente dedurne che il padre non possa rinunziare al proprio usufrutto legale sui beni donati, perchè tale suo diritto non è ancora aperto? Se questo concetto fosse esatto, dovrebbe seguirne che neppur potesse avere alcuna efficacia giuridica la rinuncia del donatario stesso alla donazione, perchè questa non investe lui d'alcun diritto finchè non l'abbia accettata. Ma una tale idea sarebbe evidentemente inammissibile. L'offerta contenuta in una donazione, a cui non sia contemporanea l'accettazione, può essere ripudiata; e ciò produce l'effetto legale di far considerare l'offerta medesima come non avvenuta.

Ora nel caso di donazione a favore d'un minore soggetto a patria potestà — senz'apporvi la condizione che il padre non abbia l'usufrutto dei beni donati — si hanno realmente due pollicitazioni in una: al minore, quanto alla proprietà; al genitore, che ha la patria potestà, quanto all'usufrutto. E se il genitore si oppone all'accettazione di quella donazione da parte del figlio, viene implicitamente, quanto a sè, a rifiutare l'offerta dell'usufrutto; rinunzia ch'egli certamente può fare, e che produce quindi per lui effetto definitivo, privandolo dell'usufrutto, quand'anche contro la volontà di lui si sia poi fatta l'accettazione della donazione nell'interesse del figlio.

Per queste considerazioni crediamo giustificato abbastanza il disposto del nostro art. 229, n. 3, contro le censure di cui fu fatto segno. Nè estendendoci a dimostrarle reputiamo di aver fatta opera che non abbia scopo pratico. Basti a provarlo la proposizione colla quale il *Borsari* chiude la sua critica: " Porto speranza — egli dice — che " nei casi pratici la temperata prudenza dei tribunali saprà " correggere l'apparente durezza di questa legge con saggie " interpretazioni. *Contro il consenso, sì, ma temerario, irra-* " *gionevole, animoso, diretto a danno ingiusto*, e non a buon " fine „. Così, partendosi da un giudizio troppo severo sul fondamento della legge, si arriva a proporne, sotto specie di temperamento, una limitazione che sembra arbitraria. Poichè, non giova dissimularlo, la legge toglie al padre l'usufrutto dei beni lasciati o donati al figlio, ogni volta che l'eredità, il legato o la donazione sia stata accettata nell'interesse di questo *contro la volontà* di quello: e il dire che ciò debba intendersi d'una opposizione che il padre abbia fatta *dolosamente* o *temerariamente*, e non d'una opposizione ragionevole e diretta a buon fine, è quanto introdurre nella legge una distinzione che non vi è. Questa distinzione si fonderebbe sul considerare la disposizione del n. 3 dell'art. 229 come una *pena civile* inflitta al padre per essersi dolosamente o colposamente opposto all'accettazione della liberalità in favore del figlio; e noi crediamo di aver dimostrato erroneo tale concetto, e come la legge si fondi piuttosto su una presunzione di *rinunzia* da parte del padre all'usufrutto che gli competerebbe sui beni devoluti al figlio per successione, o a lui legati o donati. Ma in ogni modo confideremmo che quand'anche i tribunali portassero opinione diversa, non dimenticherebbero mai che la loro missione non è di correggere la legge, ma di applicarla qual'è.

L'art. 229, n. 3, suppone però una opposizione formale del genitore all'accettazione dell'eredità, del legato o della donazione pel figlio; e solo in tal caso riconosce nel fatto

del genitore stesso elementi sufficienti per fondarvi una presunzione di rinunzia da parte di lui all'usufrutto legale che gli spetterebbe sui beni ereditari, o su quelli legati o donati. *Contro il consenso del padre*, dice infatti la legge; e questa espressione è troppo chiara, troppo decisa, per potere ammettere che la privazione dell'usufrutto sia incorsa quando da parte del padre non vi sia stata una vera opposizione, tanto più trattandosi di una eccezione ai principii generali dell'usufrutto legale, che va quindi applicata con una interpretazione rigorosa.

E per quanto già dicemmo intorno all'accettazione delle eredità, dei legati, delle donazioni in vantaggio del figlio, è facile scorgere quando e come sia, che, nonostante una vera opposizione da parte del padre, possa tuttavia seguire l'accettazione.

Eredità, legati, donazioni devono essere accettati pel figlio dal genitore, che nell'esercizio della patria potestà lo rappresenta legittimamente. Ma pel caso che il genitore ommetta di farlo, la legge ha provveduto affinchè possa effettuarsi l'accettazione nell'interesse del figlio, non solo rimediando alla negligenza del genitore, ma vincendo anche l'opposizione di lui.

Quindi è che per l'eredità il figlio stesso, qualunque dei parenti, od anche d'uffizio il procuratore del re possono fare istanza al tribunale, affinchè *sentito il padre* autorizzi l'accettazione, nominando all'uopo un curatore speciale. Pei legati, è data ancora facoltà ai parenti più vicini ed al ministero pubblico di ricorrere, a norma dell'articolo 233, contro il genitore, il quale trascuri il proprio dovere di accettare nell'interesse del figlio quei legati; e il tribunale — sentito il padre nelle sue difese — può nominare al figlio un curatore, autorizzandolo ad accettare il legato ed a fare gli atti occorrenti contro l'erede. Le donazioni possono essere accettate, in mancanza del padre, dalla madre o dagli altri ascendenti, riportandone però l'autorizzazione dal tribunale civile, il quale potrà, se lo reputi opportuno,

sentire il padre, e nel maggior numero dei casi non mancherà di farlo (1).

Così le liberalità fatte al figlio possono essere accettate validamente nonostante l'astensione del padre, od anche *contro la volontà* di lui. Ed è propriamente a quest'ultimo caso soltanto che si applica la disposizione dell'art. 229, n. 3. Ciò risulta infatti chiarissimamente dalla espressione testuale della legge, che parla di " eredità, legato o dona- " zione accettata nell'interesse del figlio *contro il consenso* " del padre „. E d'altro lato concorda perfettamente coi motivi, che abbiamo stabiliti, di questa disposizione. Poichè non sarebbe certamente nella semplice astensione del genitore, che potrebbero scorgersi gli elementi d'una presunzione di rinunzia tacita da parte di lui al diritto d'usufrutto legale; mentre tali elementi si hanno, come dimostrammo, nella manifestazione espressa ch'egli faccia d'una volontà contraria all'accettazione. E quand'anche si volesse assumere l'altro motivo, che indicammo come secondario, di una specie di pena civile inflitta al padre, è chiaro che questa pena non sarebbe abbastanza giustificata dalla semplice astensione, mentre lo sarebbe nel caso d'una opposizione formale riconosciuta non giusta.

Così troviamo insegnata dal medesimo Cons. *Borsari* questa massima giustissima: che " se il padre, non accet- " tando la eredità, non la rifiuta però, e se ne sta inerte " non facendo l'inventario, che poi si faccia a cura del rap- " presentante speciale, non decade tuttavia dal diritto del- " l'usufrutto „. Ma da ciò stesso risulta tanto meglio giustificata la disposizione della legge; poichè in fine il danno, che si dice essere ingiustamente inflitto al padre, non sarà incontrato da lui se non per la stessa sua volontà, quando egli insistendo nell'opporsi formalmente all'accettazione dell'eredità, del legato o della donazione, dimostri così l'animo deliberato di rinunziare al vantaggio che potrebbe

(1) V. sopra, n. 206-207, pag. 493 e seguenti.

derivarne anche per lui. S'egli non fa che astenersi, se anche invitato dal tribunale ad esporre i motivi di tale suo contegno non fa che esprimerli, rimettendosi a giustizia quanto alla determinazione da prendersi, conserva il diritto eventuale a godere dell'usufrutto qualora la liberalità venga accettata pel figlio. È solo quando prende l'atteggiamento d'una vera opposizione, quando l'accettazione, che nondimeno vien decretata, può dirsi fatta *contro la sua volontà*, ch'egli perde l'usufrutto, perchè col proprio contegno ha dimostrato chiaramente di volervi rinunziare.

269. (*d*) L'ultimo caso di eccezione all'usufrutto legale, competente in generale al genitore, che esercita la patria potestà, sui beni acquistati dal figlio a titolo lucrativo, è quello d'una successione che siasi devoluta al figlio per esserne stato escluso il genitore medesimo a cagione d'indegnità; il che può aver luogo tanto per la successione legittima quanto per la testamentaria (art. 728, 766 codice civile).

La pena civile della incapacità a succedere per indegnità dovendo essere strettissimamente personale, come lo è la causa da cui procede, la legge non ha quindi voluto che la indegnità del genitore potesse mai nuocere ai figli; ma d'altra parte neppur potè permettere che di questa giustizia resa ai figli approfittasse indirettamente l'indegno, rientrando per diverso titolo, qual sarebbe quello dell'usufrutto legale, nel godimento dei beni, dai quali era per il suo misfatto assolutamente escluso, il che renderebbe meno perfetta la sanzione della pena civile.

Quindi le massime stabilite nei citati art. 728 e 766: che la indegnità del genitore non impedisce il devolversi della successione ai figli, i quali possono esercitare i diritti successorii tanto *per ragione propria*, quanto *per rappresentazione*, e di questa possono giovarsi anche nella successione testamentaria, da cui il genitor loro sia escluso per indegnità (art. 890, § 2, cod. civ.); che però in nessuno di

tali casi il genitore può mai far valere sulla parte di eredità così devoluta ai figli il diritto d'usufrutto, che per regola generale gli appartiene sui beni provenuti ai figli medesimi da successione.

Non ci addentreremo ora, chè non sarebbe opportuno, in questo grave argomento della indegnità a succedere. Ci limiteremo ad osservare, che anche la esclusione stessa dall'usufrutto legale per questa causa è necessariamente ed esclusivamente *personale*; ma a carico di quello dei genitori che ne è colpito produce il suo effetto sempre quando si verifichi l'evento, che secondo i principii generali lo investirebbe dell'esercizio dell'usufrutto legale, ancorchè ciò non sia immediatamente. Così, supposto che la madre sia dichiarata incapace d'una successione per indegnità, la eredità, che si devolva per ragion propria o per diritto di rappresentazione ai suoi figli, cadrà nell'usufrutto legale del padre, che eserciti la patria potestà; ma se poi l'esercizio di questa passi per qualunque causa alla madre, ella tuttavia non avrà mai l'usufrutto della eredità, dalla quale fu esclusa come indegna. Se invece sia il padre, che abbia incorsa la indegnità, egli rimarrà privato dell'usufrutto sui beni della eredità che si devolverà ai suoi figli; e per una eccezione ammessa dalla nostra legge, e della quale abbiamo già parlato (1), la madre entrerà immediatamente nel godimento di quei beni, nonostantechè la patria potestà continui ad essere esercitata dal padre (art. 231, § 2, cod. civ.).

In tutto questo non vi è dubbio possibile, a fronte dei testi positivi e chiari della legge.

Ma può farsi una questione non lieve pel caso che quello dei genitori il quale non era chiamato alla successione sia stato complice del fatto pel quale è stata dichiarata l'indegnità a carico dell'altro. Gli autori che previdero tale questione la risolvettero ammettendo l'esclusione dall'usufrutto legale anche contro il complice. Lo spirito della legge —

---

(1) V. sopra, n. 256, pag. 692.

hanno detto — è di privare dell'usufrutto quel genitore il quale, relativamente ai beni provenuti al figlio da successione, abbia commesso uno dei fatti che costituiscono causa d'indegnità a succedere. Se ambidue hanno concorso in quel fatto, anche la esclusione dall'usufrutto legale dev'essere loro comune (1). Nè può negarsi la forza irresistibile di questo ragionamento, basandolo unicamente sui motivi della legge. Ma è forse lecito all'interprete l'argomentare così, trattandosi d'una disposizione che ha carattere di pena civile, qual'è quella della esclusione dall'usufrutto legale in questo caso? Gli art. 728 e 766 pronunciano questa pena *a carico del genitore che essendo chiamato ad una successione legittima o testamentaria ne sia rimasto escluso per indegnità, e la successione siasi devoluta ai suoi figli per ragione propria o per rappresentazione.* È ammissibile che fuori dei termini della legge si estenda questa pena anche all'altro coniuge, perchè, essendosi esso pure reso complice dei fatti causanti l'indegnità, vi sia *identità di motivo?* Ciò potrà far desiderare che in una riforma legislativa si tenga conto di questa giustissima considerazione per correggere la legge. Ma così com'è ora, l'applicarla con una estensione — per quanto ragionevole — in materia di *pena civile*, non è forse contrario ai più certi e fondamentali principii?

Aggiungiamo però che secondo la nostra legge v'è un caso speciale, in cui parrebbe che ad ogni modo la complicità del genitore, il quale non era chiamato alla successione da cui l'altro fu escluso per indegnità, dovesse nuocergli quanto all'usufrutto di quella eredità, che si fosse devoluta ai figli. Se è il padre che s'è reso indegno, l'usufrutto dei beni ereditari passa alla madre, secondo l'articolo 231, § 2, nonostantechè la patria potestà sia esercitata dal padre stesso. Ma se la madre siasi resa complice dei fatti che produssero l'indegnità del padre, non pare ammis-

---

(1) V. PROUDHON, *Traité des dr. d'usufruit*, ecc., t. I, n. 155; DEMOLOMBE, t. VI, n. 518.

sibile ch'ella invochi questo benefizio straordinario di legge, che le sarebbe conceduto solo in vista dell'esser ella innocente di quella colpa per la quale il marito suo è privato dell'usufrutto sui beni del figlio. E nemmeno i termini della legge starebbero in suo favore, poichè vi è supposto che il padre sia escluso dall'usufrutto *per cause a lui personali*, e tali non possono precisamente qualificarsi rimpetto alla madre quelle che siano comuni anche a lei per ragione di complicità. Non è da dissimularsi che ciò ammesso, e ritenendo in pari tempo che pel testo dell'art. 728 non possa estendersi la esclusione assoluta dell'usufrutto legale a danno del genitore, il quale, non essendo chiamato alla successione, siasi reso complice dell'indegnità dell'altro genitore, ne deriverà l'inconveniente che la madre colpevole di tale complicità non possa reclamare l'usufrutto finchè l'esercizio della patria potestà rimanga al padre; ma quando poi tale esercizio passi a lei, goda anche dell'usufrutto sui beni della cui successione concorse con l'opera sua a fare indegno il proprio coniuge. Certo è che tale risultato è deplorabile, e fa desiderare maggiormente una riforma in questa parte. Ma non crediamo che questa sia ragione sufficiente nè per estendere la pena civile sancita nell'art. 728 oltre i casi pei quali fu espressamente pronunciata, nè per ammettere il benefizio eccezionale dell'articolo 231, § 2, oltre i limiti fissati dalle parole in cui questa disposizione è enunciata e dallo spirito che la informa.

270. (III) Secondo l'ordine proposto dobbiamo ora occuparci dei beni che siano stati acquistati dal figlio a titolo non lucrativo.

E avanti tutto rammentiamo la distinzione che facemmo delle cause dalle quali può provenire l'acquisto di tali beni. Dicemmo ch'esse possono consistere o nella correspettività d'altri beni preesistenti e formanti parte della sostanza patrimoniale del figlio, o nell'investimento di

rendite accumulate e appartenenti al figlio medesimo, o nell'opera personale di lui; e che pei primi due casi la legge non ha date disposizioni speciali, bastando a risolvere ogni difficoltà l'applicazione dei principii generali di diritto.

È ciò che ci proponiamo ora di dimostrare, riservandoci nel numero seguente di parlare di ciò che ha disposto la legge pel terzo caso, in cui si tratti di beni acquistati dal figlio coll'opera sua personale, col lavoro e coll'industria propria.

Supponiamo da prima che qualche capitale appartenente al figlio sia stato investito nell'acquisto di beni immobili, o di valori pubblici, od altrimenti; o che sia stato impiegato in simili modi il prezzo ritratto dalla vendita di certi beni; o che siano state fatte permute. Se ciò che è uscito dal patrimonio del figlio era compreso nell'usufrutto legale del padre, abbiam già dimostrato che i beni entrati in correspettivo nel patrimonio predetto rimangono soggetti al medesimo usufrutto; e vedemmo ciò non essere altro che una conseguenza del carattere di diritto universale, che è da attribuirsi a quell'usufrutto (1). Una simile norma reputiamo doversi seguire pel caso che i beni usciti dal patrimonio del minore fossero esenti dall'usufrutto legale, siccome compresi in una delle categorie di eccezioni stabilite nell'art. 229; riteniamo cioè che allora i beni entrati in correspettività di quelli dovrebbero com'essi rimanere sottratti all'usufrutto legale. È vero che il n. 4 dell'art. 229, che solo tratta dei beni acquistati dal figlio a titolo non lucrativo, non comprende il caso che ora consideriamo; sicchè se ne potrebbe a primo aspetto argomentare che i beni acquistati dal figlio a titolo oneroso, e non provenienti da lavoro od industria separata di lui, non cadendo nelle eccezioni determinate dalla legge per la esenzione dall'usufrutto legale, doves-

(1) V. sopra, n. 248, pag. 647; n. 258, pag. 697.

sero rimanervi soggetti. Ma l'argomentazione sarebbe fallace; poichè, come dimostrammo in altro luogo, questa disposizione dell'art. 229, n. 4, si è ristretta a contemplare, tra gli acquisti onerosi, quelli soltanto che provengano dall'opera personale del figlio, lasciando che ogni altro caso sia regolato dai principii generali di diritto. Ora, secondo questi principii, ciò che nel patrimonio del figlio entri in sostituzione d'altri beni, che fossero in piena e libera proprietà di lui, non può trovarsi in condizioni diverse, non può andar soggetto, per questa sola sostituzione, ad un diritto altrui, al quale non erano sottoposti i beni che ne sono usciti. Aggiungasi che una massima contraria riuscirebbe a manifesta offesa di quegli stessi motivi, pei quali i beni usciti dal patrimonio del minore erano dalla legge sottratti all'usufrutto legale del genitore. Suppongasi che si tratti di beni lasciati o donati al figlio colla condizione che il padre non ne avesse l'usufrutto, o per imprendere una professione od un'arte, o di beni d'una eredità da cui il genitore sia stato escluso come indegno. È chiaro che ritenendo soggetti all'usufrutto legale i beni che fossero permutati con quelli, od acquistati col loro prezzo, si offenderebbe manifestamente la volontà del testatore o la disposizione della legge, perchè il genitore verrebbe indirettamente a godere i frutti d'una eredità dalla quale doveva essere assolutamente escluso d'ogni partecipazione; e per impedire che ciò avvenisse bisognerebbe astenersi da operazioni che potrebbero essere utilissime al patrimonio del figlio.

Considerazioni somiglianti si possono fare circa gli acquisti operati mediante impiego di rendite o di risparmi appartenenti al figlio. Se queste rendite provennero da beni non soggetti all'usufrutto legale, se i risparmi furon fatti sul prodotto del lavoro o dell'industria separata del figlio, non vi è ragione perchè i beni entrati nel patrimonio di lui, in luogo di tali rendite o risparmi, cadano sotto l'usufrutto legale; il che porrebbe nell'alternativa o di lasciare

infruttifere le somme accumulate, o di contraddire ai motivi della legge dandone il godimento al genitore.

Ma che sarebbe quando si trattasse di rendite provenute da beni compresi nell'usufrutto, e accumulate ed impiegate poi dal padre *in nome del figlio?* Non parrebbe dubbio che in tal caso i beni così acquistati rimarrebbero soggetti all'usufrutto legale; poichè proverrebbero realmente al figlio *da titolo lucrativo*, non avendo il genitore alcun l'obbligo legale di fare quell'impiego nell'interesse del figlio.

271. Il n. 4 dell'art. 229 riguarda i beni acquistati mediante l'opera personale del figlio; ed eccone i termini: " Non sono soggetti all'usufrutto legale i beni acquistati " dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffizi, " impieghi, professioni ed arti, o altrimenti col proprio " lavoro e colla propria industria separata „.

Il codice Francese (art. 387) si limitava a dichiarare che " l'usufrutto non si estendeva ai beni che i figli potessero " acquistare con un lavoro o un'industria separata „. Nello stesso senso disponeva il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 301). Il Parmense (art. 92) e l'Estense (art. 129) dicevano non estendersi l'usufrutto " ai beni acquistati dai " figli coll'esercizio della milizia, delle scienze e delle arti " liberali „, intendendo di farne soltanto un mezzo d'incoraggiamento all'esercizio delle più nobili professioni, secondo l'antica tradizione dei peculii *castrense e quasi-castrense.* Il codice Albertino (art. 226) riunì l'uno e l'altro concetto in una sola disposizione, e fu imitato dal nostro codice attuale. Forse sarebbesi potuto senza danno limitarsi a ciò che diceva il codice Francese; poichè nella espressione generale di *acquisti fatti col proprio lavoro o colla propria industria separata* si sarebbero compresi abbastanza anche quelli provenienti da esercizio di milizia, di uffizi, d'impieghi, di professioni od arti. Comunque, il concetto fondamentale è sempre questo, di favorire la libera attività personale del figlio; di che nulla di più morale.

Per altro non ogni benefizio derivante dall'opera personale del figlio può comprendersi in questa eccezione fatta dalla legge all'usufrutto paterno. La legge stessa appone espressamente una limitazione, esigendo che il lavoro e l'industria del figlio sia *separata da quella del padre.* Il qual concetto reputiamo doversi ritener dominante in tutta questa disposizione dell'art. 229, n. 4, sebbene vi sia chi avvisa che " il requisito della separazione sia richiesto " solamente nel lavoro e nell'industria, e non nelle professioni ed arti, il cui esercizio, come quello della milizia, " degli uffizi e degl'impieghi, è assolutamente personale „ (1). Certo è che nella milizia, negli uffizi, negli impieghi l'esercizio ne è sempre distintamente proprio della persona; ma allora non è che il requisito della separazione non sia voluto, ma è che tale requisito si verifica per necessità delle cose. Le professioni e le arti poi possono essere esercitate dal figlio tanto separatamente quanto insieme col padre; e in quest'ultimo caso non si farebbe luogo ad avere il figlio la piena proprietà dei proprii guadagni, secondo i termini stessi e lo spirito della disposizione di cui trattiamo. È vero che la distribuzione materiale delle parole può far pensare per un momento che il requisito della separazione si riferisca soltanto alla *industria*, di cui è detto da ultimo. Ma le parole stesse *lavoro ed industria* sono abbastanza generiche per abbracciarne anche l'applicazione alle professioni stesse ed alle arti; nè poi vi sarebbe ragione per distinguere, sicchè si dovesse ritenere, per esempio, che il figlio esercitando insieme al padre l'industria agricola non ottenesse l'esenzione dei suoi profitti dall'usufrutto paterno, e la ottenesse invece esercitando col padre l'arte di legnaiuolo o di calzolaio. Eppure bisognerebbe arrivare a questo punto, se si accettasse la distinzione proposta tra professioni ed arti da una parte, e lavoro ed industria dall'altra; poichè la legge nostra par-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 553, pag. 383.

lando qui di *arti* non distingue, come facevano altre legislazioni, le *liberali* dalle *meccaniche*.

Per *industria separata* s'intende quella che il figlio eserciti distintamente dal padre, senza valersi dei beni di lui, ed applicandola ad oggetti estranei agl'interessi del padre medesimo.

La separazione d'industria non può quindi confondersi colla non convivenza del figlio col padre, che non è necessaria. Così sarà separato il lavoro del figlio, che stia come commesso in un negozio altrui, benchè coabiti col padre; e all'opposto non sarà separato il lavoro del figlio che il padre suo impieghi abitualmente come commesso viaggiatore per un commercio suo proprio, sebbene padre e figlio non convivano.

Quando il figlio eserciti una industria separata, i beni da lui acquistati *non sono soggetti all'usufrutto paterno;* ma a questo si limita la eccezione che la legge fa alle regole generali concernenti l'esercizio della patria potestà; ond'è che sembra arbitraria l'opinione di alcuni autori, i quali insegnano che tali guadagni siano sottratti anche al diritto di amministrazione, che compete a chi esercita la patria potestà su tutti in generale i beni del figlio (articolo 224 codice civile) indipendentemente dall'essere o no soggetti all'usufrutto legale (1). Il padre poi potrebbe prelevare sui profitti del lavoro o dell'industria separata del figlio le spese necessarie pel mantenimento e l'educazione e istruzione del figlio stesso, qualora questi non avesse altri beni soggetti all'usufrutto legale, sul quale allora graverebbe l'onere di tali spese, secondo il disposto dell'articolo 230, n. 1 (2).

Quando il padre impieghi l'opera del figlio in aiuto per l'esercizio d'una professione, di un'arte, d'un lavoro o di un'industria propria, il figlio medesimo non ha diritto a

(1) V. Doveri, *Ist.*, vol. I, pag. 252, nota; Borsari, *Comm.*, art. 229, § 537, pag. 846.

(2) V. Demolombe, t. VI, n. 501 in f,

pretendere retribuzione alcuna; poichè al contrario è ad un tempo diritto e dovere del padre di avviare il figliuolo ad una professione, o ad un'arte, o ad un'industria qualunque, che possa procurargli uno stato in società; ed è dovere del figlio il sottomettervisi, prestando l'opera propria anche in quanto possa essere utile al padre, in compenso delle cure e delle spese che a questo incombono pel mantenimento e per l'educazione ed istruzione di lui. Se poi il padre, ad incoraggiamento pel figlio, gli assegnasse spontaneamente una rimunerazione, questa rimarrebbe bensì in proprietà del figlio, ma il padre potrebbe tuttavia esercitarvi il diritto d'usufrutto, non essendo caso compreso nella disposizione eccezionale dell'art. 229, n. 4.

C) *Dei diritti del genitore sui beni soggetti all'usufrutto legale.*

Sommario. — 272. Principio fondamentale da seguirsi in questo argomento e sue principali applicazioni. — 273. Come si eserciti il diritto d'usufrutto legale sopra una rendita vitalizia spettante al figlio. — 274. Dei diritti derivanti dall'usufrutto legale, in quanto colpisca un altro usufrutto. — 275. Quali diritti appartengano al genitore sui frutti di un fondo del quale il figlio sia conduttore.

272. Nel tema dei diritti derivanti al genitore dall'usufrutto che la legge gli attribuisce, è necessario riferirsi al principio fondamentale, che il godimento conceduto al padre od alla madre sui beni del figlio soggetto alla potestà loro non è altro che un *vero e proprio diritto d'usufrutto* (1). Dal quale principio come si ha la conseguenza già dimostrata, che anche a questo diritto del genitore siano applicabili tutte le regole generali dell'usufrutto ordinario, così una tale conseguenza deve estendersi anche alla determinazione dei diritti spettanti all'usufruttuario.

Le disposizioni degli articoli 479 al 495 devono pertanto essere osservate anche in questa materia dell'usufrutto

---

(1) V. sopra, n. 247, pag. 643.

legale. E di una tal massima abbiamo già fatto un'applicazione importantissima, ritenendo — nonostantechè vi siano opinioni autorevolissime in senso opposto — che secondo la norma generale dell'art. 492 il genitore possa trasferire ad altra persona, col mezzo di qualunque atto permesso generalmente dalla legge, a titolo oneroso o gratuito, l'usufrutto a lui spettante sovra uno o più beni determinati appartenenti in proprietà al figlio soggetto alla potestà sua; e che parimente i creditori del genitore possano esercitare le loro azioni sul diritto stesso d'usufrutto attribuito dalla legge al loro debitore, in quanto però si riferisca *a beni determinati*, non assoggettando ad espropriazione il diritto universale d'usufrutto come tale (1).

Così pure non è dubbio doversi applicare anche all'usufrutto legale le regole stabilite per l'usufrutto ordinario, quanto alla determinazione dei frutti, o dei prodotti considerati come frutti, che siano da attribuirsi all'usufruttuario medesimo (art. 479 al 481, 485 al 487, 491, 494 codice civile); quanto al diritto, che possa spettargli in casi speciali, di servirsi anche di cose formanti parte della sostanza patrimoniale, salvo compensarne, se ne sia caso e nei modi dalla legge determinati, il proprietario (art. 483, 488, 490 cod. civ.); quanto alle locazioni dei beni usufruiti (art. 493 cod. civ.); quanto, infine, ai miglioramenti che l'usufruttuario medesimo avesse fatti a proprie spese (articolo 495 cod. civ.).

Tra gli autori francesi alcuni opinavano che non fosse applicabile all'usufrutto legale l'art. 589 di quel codice, corrispondente al 484 nostro; e questa massima appoggiavano ad un'altra disposizione, dell'art. 453 dello stesso codice Napoleone, dal cui testo argomentavano che il padre, usufruttuario, fosse sempre responsabile del valore di stima dei beni mobili appartenenti al figlio, ognorachè alla fine

---

(1) V. sopra, n. 250-251, pag. 656-667.

dell'usufrutto non potessero per qualsivoglia causa essere restituiti in natura e nello stato in cui si trovavano in principio, quand'anche la perdita o il deterioramento dei mobili stessi non fosse imputabile a dolo nè a colpa del padre (1). Questa opinione era per verità contraddetta da altri (2). Ma comunque fosse di ciò rispetto al codice Francese, è certo che nel nostro non fu riprodotta una disposizione simile a quella dell'art. 453 predetto, da cui era sorta una tale questione; e che perciò rimane pienamente applicabile la disposizione del nostro articolo 484, secondo il quale " se l'usufrutto comprende cose, che, senza con-" sumarsi in un tratto, si deteriorano a poco a poco con " l'uso, come la biancheria e la mobilia, l'usufruttuario ha " diritto di servirsene per l'uso a cui sono destinate, e non " è obbligato a restituirle al cessare dell'usufrutto se non " *nello stato in cui si trovano*, coll'obbligo però di *tenere* " *indenne il proprietario se per dolo o colpa sua fossero* " *deteriorate* ".

Ancora è da rammentare il principio altra volta dimostrato, che quantunque il diritto d'usufrutto sia perfettamente distinto da quello di amministrazione, pure coesistendo sui medesimi beni, può in alcuni rapporti modificare notevolmente i diritti dipendenti dalla amministrazione stessa (3).

Così mentre il padre, come amministratore, non può riscuotere i capitali appartenenti al figlio soggetto alla sua potestà, se non adempiendo le condizioni e forme abilitanti prescritte dall'art. 225 cod. civ.; quando invece quei capitali cadessero nel suo usufrutto legale, egli potrebbe, senza esser soggetto a quei vincoli, farne liberamente e validamente la riscossione.

---

(1) V. Proudhon, *Traité des dr. d'usufruit*, ecc., t. III, n. 2639-2643; Demolombe, t. VI, n. 524.

(2) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. II, § 2, pag. 374, n. VI, Laurent, t. IV, n. 329, pag. 432 e seguenti.

(3) V. sopra, n. 178, pag. 389.

273. Per le stesse ragioni esposte nel numero precedente è fuori di dubbio che varrebbe anche per l'usufrutto legale la disposizione dell'articolo 482, secondo la quale " l'usufrutto di una rendita vitalizia attribuisce all'usu-" fruttuario il diritto di riscuotere le pensioni che si matu-" rano di giorno in giorno durante il suo usufrutto ".

Si potrà pensare, con qualche autore, che il codice *non abbia in ciò consacrati i veri principii* (1). Si potrà osservare che le pensioni d'una rendita vitalizia *rappresentano, oltre agl'interessi, una parte anche del capitale;* che dunque concedendo all'usufruttuario le pensioni che maturano durante l'usufrutto, gli si viene in realtà ad attribuire *una parte della sostanza* stessa della cosa usufruita, ciò che è contrario ai principii e alla natura medesima dell'usufrutto (art. 477 cod. civ.). Ma tale è la teoria dal codice adottata per motivi speciali, che non è qui il luogo di discutere. Intanto però, poichè la massima proclamata nell'art. 482 è generale, per qualunque caso di usufrutto che colpisca una rendita vitalizia, non sarebbe possibile sottrarre alla applicazione di quella massima neppure l'usufrutto legale del genitore.

274. Può darsi eziandio che al figlio stesso sia lasciato o donato un usufrutto, e si può domandare: in qual modo il genitore eserciterà allora l'usufrutto legale su quell'usufrutto spettante al figlio?

Nessuna risposta è data a tale quesito nelle citate disposizioni generali, concernenti i diritti dell'usufruttuario. Ma in una materia speciale, relativamente al diritto spettante al marito di riscuotere i frutti della dote, vediamo stabilito nell'art. 1413, che " se la dote è stata costituita sopra un " usufrutto, sciogliendosi il matrimonio, il marito od i " suoi eredi non sono tenuti che a restituire *il diritto di*

(1) V. Laurent, t. VI, n. 379, pag. 482.

“ *usufrutto*, non già i frutti raccolti o scaduti durante il “ matrimonio „.

Se non vi fosse che da argomentare per analogia da questa disposizione particolare, è facile immaginare quale obbiezione sorgerebbe.

Il godimento, che il marito ha dei beni dotali, non è — potrebbe dirsi — un vero usufrutto, ma semplicemente un accessorio del diritto di amministrazione, che il marito ha, come capo della famiglia, sui beni destinati a sostenere i pesi del matrimonio; ond'è ch'egli non ha un godimento costituito nell'interesse individuale proprio, ma riscuote i frutti della dote per rivolgerli, secondo la loro destinazione, in vantaggio della famiglia. Sotto questo aspetto è naturale che quando la dote sia stata costituita sopra un usufrutto, si intendano destinati a sostenere i pesi del matrimonio *tutti i frutti raccolti o scaduti durante il matrimonio*, e non già solo gli utili o gl'interessi che potessero trarsi dai frutti medesimi capitalizzandoli; e che perciò allo sciogliersi del matrimonio debba essere restituito *il solo diritto di usufrutto;* ma queste considerazioni nulla hanno di comune col caso dell'usufrutto legale dipendente dalla patria potestà.

Senonchè nell'art. 1413 non s'è già inteso di fare una disposizione speciale e di eccezione; ma solo l'applicazione di un principio generale, di quello stesso principio a cui s'ispirò l'art. 482 disponendo circa la rendita vitalizia.

Colui che usufruisce d'un *bene incorporale, d'un diritto*, deve, al pari di chi abbia in usufrutto un bene corporale, *goderne nel modo stesso che ne godrebbe il proprietario; ma coll'obbligo di conservarne la sostanza* (art. 477 cod. civ.). Ora *la sostanza di un diritto* non è altro che *il diritto medesimo;* e da questa considerazione, applicata alla rendita vitalizia, fu ritenuto dover conseguire che chi ne godesse l'usufrutto dovesse solo conservare e restituire al cessare dell'usufrutto medesimo il *diritto alla rendita*, come dispone appunto l'art. 482; la stessa considerazione applicata ad un usufrutto deve dare similmente per risultato che chi

sia usufruttuario egli stesso debba solo conservare e restituire il *diritto d'usufrutto*, facendo proprii i frutti percetti durante il tempo nel quale esercita il proprio diritto. — È appunto in questo senso che per la dote costituita sopra un usufrutto si dichiara, nell'art. 1413, esser tenuti il marito o i suoi eredi, allo sciogliersi del matrimonio, a *restituire il solo diritto d'usufrutto, non già i frutti raccolti o scaduti durante il matrimonio.* Da ciò apparisce la verità di quanto enunciammo sopra: che cioè l'art. 1413 non è una eccezione, ma la semplice applicazione d'una massima ritenuta come generale dal legislatore. Il che posto non è poi lecito dubitare dell'applicabilità di quella massima anche all'usufrutto legale del genitore. Tale infatti è l'opinione generalmente adottata (1).

275. Ma se sulle massime accennate nei due numeri precedenti trovasi completo l'accordo tra gli autori — nè in verità, a fronte dei testi legislativi, poteva nascere veruna seria contestazione — v'è un altro punto, intorno al quale s'è invece formata una vivissima dissidenza.

Si suppone che tra i beni del figlio vi sia un diritto di locazione d'un fondo altrui, o d'altra impresa temporanea a fine di lucro; e alcuni autori pensano che il genitore avente l'usufrutto legale faccia allora proprii tutti gli utili derivanti da quella conduzione od impresa, finchè duri l'esercizio della patria potestà, e al cessare di questa debba solo restituire *il diritto* derivante dalla locazione o da altro contratto (2); mentre altri opinano che quegli utili debbano accumularsi a beneficio del figlio, per restituirglisi la somma capitale al cessare dell'usufrutto, durante il quale

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 417; Proudhon, *Traité des dr. d'usufruit*, ecc., t. I, n. 154; Duranton, t. III, n. 371; Demolombe, t. VI, n. 511; Borsari, *Comm.*, art. 229, § 530, vol. I, pag. 834.

(2) V. Proudhon, *Tr. des dr. d'usufruit*, ecc., t. I, n. 367; Laurent, t. VI, n. 379, pag. 481-482.

il genitore possa soltanto, impiegando quei profitti, appropriarsene gl'interessi (1).

Gravi considerazioni furono addotte dall'una parte e dall'altra. Tuttavia sembrano preponderanti quelle che appoggiano la prima opinione, sebbene essa sia assistita da minor numero di autorità.

La legge non avendo disposizione espressa, che valga per risolvere la quistione, è indispensabile riferirsi ai principii generali; e quello che solo può essere applicabile, è lo stesso che la legge ha espressamente seguito negli articoli già citati 482 e 1413 rispetto all'usufrutto di una rendita vitalizia e al godimento dell'usufrutto altrui, lo stesso che è fondamentale e distintivo del diritto medesimo d'usufrutto: che cioè l'usufruttuario goda delle cose soggette al suo diritto *nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma coll'obbligo di conservarne la sostanza.* In ciò tutti sono d'accordo. La questione sta dunque soltanto nel decidere se nell'usufrutto, che cada sopra un diritto di locazione di beni altrui, o sopra un diritto dipendente da altra impresa temporanea, sia *il diritto medesimo* in sè, che debba considerarsi come *sostanza usufruita*, o piuttosto siano i *frutti da raccogliersi dai beni affittati*, o i benefizi che potranno ottenersi mediante l'impresa. Ora, ci sembra più razionale e giuridico il primo di questi concetti.

Si afferma esistere differenza grande tra l'usufrutto d'una rendita vitalizia o d'un usufrutto altrui, e quello d'un *diritto di conduzione*.

Quest'ultimo — si dice — non ha nè può avere altro oggetto che i frutti del fondo affittato; dunque sono codesti frutti che costituiscono eziandio *la sostanza della cosa usufruita* (2). Ci par facile rilevare l'errore di quest'argomentazione, che confonde l'oggetto del diritto del conduttore

---

(1) V. Chardon, *Tr. des trois puissances*, parte II, n. 138-140; Duranton, t. III, n. 372; Demolombe, t. VI, n. 512; t. X, n. 330; Borsari, l. c., pag. 835.
(2) V. Duranton e Demolombe, l. c.

coll'oggetto dell'usufrutto. Questo non ha veramente altro oggetto che *il diritto di conduzione*, considerato in sè stesso e come attività patrimoniale distinta del conduttore; i frutti del fondo affittato — come dice egregiamente il *Laurent* — non sono che *il prodotto di quel diritto*, in virtù del quale il conduttore li raccoglie e fa proprii. Anche l'usufrutto ha per oggetto la percezione dei frutti del bene usufruito; anche il diritto di vitalizio ha per oggetto la percezione delle pensioni. Forsechè la legge considera perciò quei frutti e quelle pensioni come *la sostanza della cosa*, rispetto all'usufrutto che cada sull'usufrutto altrui o sulla rendita vitalizia? Tutto al contrario; poichè attribuisce all'usufruttuario le pensioni maturate e i frutti raccolti o scaduti durante l'usufrutto; e ciò perchè questo ha direttamente per oggetto proprio il diritto di vitalizio o d'usufrutto, il qual diritto costituisce pertanto *la sostanza* vera della cosa usufruita, mentre le pensioni o i frutti raccolti non sono che i profitti.

Tra il diritto d'usufrutto e quello di locazione può notarsi un'altra differenza, rilevata infatti dal *Duranton*, cioè che il primo è *reale*, mentre l'altro è *personale*. Ma questa stessa differenza è affatto inconcludente per la questione che si agita. Che importa la *personalità* o *realità* del diritto, quando si tratta unicamente di determinare se sia tale diritto, qualunque carattere giuridico esso abbia, che costituisca la sostanza colpita dall'usufrutto, o siano piuttosto i benefizi che dall'esercizio di quel diritto si possono ritrarre? Eppoi, una simile differenza non si riscontra neppur più tra il diritto di conduzione e quello di rendita vitalizia, che ambidue sono personali.

Il *Borsari*, che ha benissimo conosciuta l'inefficacia dell'argomento sopra riferito, ne ha poi accolto un altro, addotto pure dai citati autori francesi, che però non ci sembra migliore del primo. Si dice che accordando al genitore, come usufruttuario, di far proprii i benefizi della locazione — cioè i frutti del fondo condotto dal figlio, depurati dalle spese e dal prezzo d'affitto — il figlio medesimo

sarebbe in realtà privato d'ogni sostanza del bene, consistente nel diritto di conduzione, e l'usufrutto si scambierebbe colla proprietà. Ma questo pure è inesatto. La proprietà sarà sempre rappresentata dal diritto di conduzione spettante al figlio, il quale ne approfitterà effettivamente ognorachè per qualsiasi causa venga a cessare l'usufrutto del genitore prima che finisca la locazione. Obbietta il *Borsari* che " le locazioni sono per lo più limitate a periodi " brevi; e cominciate prima della morte del testatore, forse " finiscono nei primi anni dell'usufrutto ". Ed è verissimo; ma anche ad un usufrutto costituito in favore del figlio può essere prefisso un termine più breve di quello a cui finirebbe la patria potestà. Eppure tutti ammettono, e l'autore stesso non disconosce, che l'usufrutto legale darebbe diritto al genitore di far proprii i frutti dei beni lasciati o dati in usufrutto al figlio, e non già solo di approfittare degl'interessi di quei frutti dei quali s'impiegasse il ricavato. E poi non bisogna dimenticare che il godimento dei beni del figlio soggetto a patria potestà non è già ad esclusivo benefizio del genitore; chè anzi vi sono avanti tutto inerenti come oneri reali *le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio* (art. 230, n. 1). Non è vero dunque che considerando come attinente all'usufrutto legale l'appropriazione dei benefizi risultanti dal diritto di conduzione spettante al figlio, si venga a privare totalmente quest'ultimo di tali benefizi. All'opposto essi sono, ciò non ostante, rivolti principalmente a vantaggio di lui, e non è che il sopravanzo che si devolve al genitore.

Vi è però un'altra obbiezione, apparentemente assai grave, che è fatta dal *Demolombe*.

" Supponiamo — dice egli — che il padre predefunto " abbia comprato un taglio di boschi o una raccolta di " grano, da farsi in una sola volta.

" Accorderemo alla vedova, quale usufruttuaria legale, " tutto il benefizio del contratto, senz'obbligo di restituzione?

" Se si risponde sì, domanderemo a che si riduca il

" diritto di chi ha la nuda proprietà; e se in questa spe-
" cialità e con un tale sistema la vedova non viene real-
" mente ad avere la proprietà piena.

" Se poi si risponde no, domanderemo il motivo di tale
" differenza, e perchè non dovrà ammettersi una identica
" risoluzione per più raccolte, come per una sola „.

Ebbene, noi risponderemmo no; nè ci parrebbe di trovarci imbarazzati — forse sarà temerario il pensarlo — a render ragione della differenza che si fa oggetto di censura.

È ben diverso — per quanto a noi sembra — l'avere un diritto d'indole continuativa, quale è quello dipendente da locazione o da altra impresa da eseguirsi in certo periodo di tempo, durante cui possano verificarsene i benefizi; e l'avere un diritto da attuarsi in una sola volta. Nel primo caso quel diritto costituisce realmente un'attività patrimoniale, che sta da sè, distintamente dai benefizi che in uno od altro momento del periodo contemplato possano verificarsi; epperò chi abbia l'usufrutto di quel diritto può far proprii i benefizi che si avverino durante l'usufrutto proprio, senzachè abbiasi a dire per questo che l'usufruttuario siasi appropriata *la sostanza* del bene usufruito, la quale consiste nel diritto medesimo. Nel secondo caso, all'opposto, il diritto non può considerarsi come costituente un'attività patrimoniale distinta dall'unica eventualità di lucro che ne forma l'oggetto; e chi, come usufruttuario, potesse far proprio tutto quel lucro, esaurirebbe realmente in proprio vantaggio tutta l'utilità possibile del diritto spettante al proprietario, e non lascierebbe a quest'ultimo nessuna sostanza su cui potesse assidersi la sua proprietà.

Aggiungeremo in ultimo una considerazione, che non ci pare priva di qualche importanza.

Abbiamo ripetutamente osservato che il motivo principale, per cui gli autori del codice nostro reputarono di dover mantenere l'usufrutto legale in favore del genitore, che esercita la patria potestà, fu quello di evitare gl'inconvenienti derivabili dal sottoporre il genitore medesimo alla

necessità di render conto al proprio figlio delle rendite ritratte dai beni di lui. E si può ben dubitare, come notammo, se tale motivo fosse abbastanza soddisfacente; ma ad ogni modo è certo ch'esso servì di guida al legislatore. Ora, sarebbe mai conciliabile con questo intendimento il ritenere che l'usufrutto paterno, rispetto al diritto di conduzione spettante al figlio su beni altrui, si limitasse ad approfittare degl'interessi sui cumuli dei lucri derivati dalla locazione, i quali venissero impiegati a vantaggio del figlio? Certo è che in tal modo si obbligherebbe il genitore a render conto delle spese e dei profitti provenienti dalla conduzione del fondo tenuto in affitto; conto nel quale non sarebbero per certo minori le difficoltà e le occasioni di contestazioni tra padre e figlio, che se si trattasse di render conto delle rendite dei beni proprii del figlio stesso.

Ecco le ragioni per le quali in questa grave questione propenderemmo ad accettare la massima che se, per esempio, il figlio soggetto a patria potestà succedesse per testamento o per legge a chi avesse presi ad affitto beni altrui, il genitore, a cui appartiene l'usufrutto legale, potesse, durante l'usufrutto stesso, godere i benefizi della locazione, esercitandola come se fosse egli stesso il conduttore, sostenendo quindi del proprio le spese, pagando le pensioni d'affitto e facendo proprii i frutti del bene locato, salva sempre l'inerenza dell'onere per le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, come se si trattasse di usufrutto avente per oggetto qualunque altro bene.

D) *Degli obblighi inerenti all'usufrutto legale.*

Sommario. — 276. Considerazioni generali sull'argomento. — 277. (I) Degli obblighi che incombono al genitore come a qualunque altro usufruttuario. — 278. (II) Del pagamento delle annualità e degli interessi dei capitali. — 279. (III) Delle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio. — 280. (*a*) Queste spese debbono essere proporzionate alle rendite dei beni soggetti ad usufrutto. Non si ha riguardo in ciò alla condizione meno agiata del genitore. — 281. (*b*) Non si ha riguardo agli altri beni che il figlio abbia in piena proprietà. — 282. (*c*) L'onere

di queste spese, inerente allo usufrutto, può giovare indirettamente anche a quello dei genitori che non esercita l'usufrutto medesimo. — 283. (*d*) I creditori del genitore usufruttuario debbono nell'esercizio delle loro ragioni rispettare il diritto del figlio alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione, prelevandole dalle rendite dei beni usufruiti. — 284. Del carattere di realità, che è proprio degli oneri apposti dalla legge all'usufrutto legale. — 285. Se in virtù della realità di tali oneri l'usufruttuario non possa essere tenuto mai che a concorrenza delle rendite dell'usufrutto. — 286. Se rinunziando all'usufrutto si possa liberarsi anche retroattivamente dagli oneri predetti.

276. " Sono inerenti all'usufrutto legale i seguenti pesi:

" 1° Le spese di mantenimento, educazione ed istru-
" zione del figlio;

" 2° Il pagamento delle annualità o degl'interessi dei
" capitali, che decorrono dal giorno in cui si apre l'usu-
" frutto;

" 3° Tutti gli altri obblighi, ai quali sono soggetti gli
" usufruttuari „ (art. 230 cod. civ.).

Per ragione di metodo era preferibile l'ordine seguìto nel corrispondente articolo 385 del codice Francese, in cui era collocata per prima quella disposizione che nel codice nostro fu posta ultima. Di ciò per altro non mancò una buona ragione agli autori del codice nostro.

Delle annualità e degl'interessi dei capitali essi non vollero imporre il carico all'usufruttuario legale, se non per quelli che decorressero dal giorno in cui si fosse aperto l'usufrutto.

Ciò posto, un tale obbligo non era che uno degli oneri comuni, derivanti da qualunque usufrutto universale (articolo 509, § 1, cod. civile). Del che sembrò opportuno far cenno nella disposizione successiva, soggiungendo: " tutti " *gli altri* obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari „.

Noi però nel commento, che ci proponiamo di fare a queste disposizioni, preferiremo l'ordine naturale, anteponendo la disposizione del numero terzo a quelle degli altri due.

Nello stesso articolo 385 del codice Francese eravi una

quarta disposizione, che contemplava " le spese funebri e " quelle dell'ultima malattia „. E ne sorgeva questione per decidere se ciò dovesse intendersi delle spese funerali o di ultima infermità della persona a cui il figlio succedesse, o di quelle che riguardassero il figlio medesimo. La massima parte degl'interpreti opinava nel primo senso; ma non mancava qualche spettabile autorità anche per l'opinione contraria. Il codice Italiano non ha riprodotta una tale disposizione, riferendosi così su questo punto ai principii generali, che infatti bastano per risolvere in proposito ogni dubbio.

Si tratta della persona a cui il figlio è succeduto? E allora è certo che le spese d'ultima infermità, le quali siano rimaste insolute, e quelle ancora dei funerali fanno parte del passivo ereditario, e non devono perciò ricadere, quanto alla somma capitale, a carico dell'usufruttuario; salvo sempre l'essere applicabile anche in questo caso la disposizione dell'art. 509, § 1° del cod. civile.

Si tratta invece della persona stessa del figlio? E allora è chiaro altrettanto che le spese d'ultima infermità fanno parte di quelle di mantenimento, alle quali il genitore usufruttuario è già tenuto in forza del n. 1° dell'art. 230; mentre le spese funerali formano carico della successione del figlio, e non dell'usufrutto legale dei di lui beni, costituendo quelle spese un debito nato dopo la estinzione dell'usufrutto medesimo.

277. (I) Il genitore che gode l'usufrutto legale è sottoposto a tutti gli obblighi che incombono generalmente agli usufruttuari (art. 230, n. 3 cod. civile).

Questa massima è dunque applicabile nella sua generalità tanto agli obblighi imposti dalla legge agli usufruttuari pel fine di guarentire la conservazione dei diritti di proprietà, quanto a quelli che riguardano l'esercizio stesso del diritto d'usufrutto.

Le obbligazioni cadenti nella prima di queste categorie,

e che devono essere adempite, generalmente, dagli usufruttuari prima di entrare in possesso dei beni soggetti al loro diritto, sono la formazione dell'inventario e la prestazione della cauzione (art. 496, 497 codice civile). Mentre però per la prima di queste obbligazioni non è fatta limitazione alcuna in favore del genitore avente l'usufrutto legale, sicchè rimane applicabile la massima dell'art. 230, n. 3, dalla cauzione invece sono espressamente dispensati, nel § 2 del predetto art. 497 " il padre e la madre, che " hanno l'usufrutto legale dei beni dei loro figli ". La quale eccezione è facilmente giustificata dalla qualità stessa dell'usufruttuario in questo caso, nel quale la miglior guarentia pel figlio è assicurata dagli stessi sentimenti di natura. Nè poi v'è bisogno di dire che il genitore, usufruttuario legale, essendo dispensato dalla cauzione pel motivo preindicato, non potrebb'essere applicabile a lui la disposizione del successivo art. 498, riguardante i provvedimenti rimessi alla discrezione dei tribunali pei casi che l'usufruttuario obbligato a dar cauzione non possa prestarne una sufficiente; nè quella dell'art. 499, che stabilisce i diritti del proprietario pel caso che *non sia prestata la cauzione dovuta* dall'usufruttuario.

Con tutto ciò la nostra legge non ha lasciato affatto indifeso il minore contro i pericoli a cui potesse esporlo la mala condotta, la frode, o anche solo la negligenza del genitore che ha in usufrutto i suoi beni. Chè sebbene fosse difficile ammettere ciò che proponevano alcuni autori francesi, di ritenere, cioè, applicabile anche all'usufrutto paterno la *cessazione per abuso* (art. 516 cod. civ.), mentre tutto ciò che riguarda le cause di cessazione dell'usufrutto legale della patria potestà è regolato da norme affatto speciali, il codice Italiano però ha provveduto abbastanza colla disposizione generale dell'articolo 233, come vedremo più particolarmente trattando delle cause per le quali l'usufrutto legale stesso può estinguersi.

Anche nell'esercizio del proprio diritto d'usufrutto il

genitore deve adempiere, come dicemmo, le obbligazioni tutte che stanno, in generale, a carico degli usufruttuari.

Così non vi ha dubbio ch'egli pure dovrà *conservare la sostanza* dei beni usufruiti, *tanto nella materia quanto nella forma* (art. 477 cod. civ.); eseguire le *riparazioni ordinarie* e in mancanza, eseguire anche le *straordinarie* che ne siano state cagionate (art. 501 codice civile); pagare i tributi, i canoni ed altri pesi, che secondo le consuetudini locali gravino sui frutti (art. 506 cod. civ.); e in generale sostenere tutte quelle spese che ogni buon padre di famiglia preleverebbe dalle rendite.

278. (II). Il codice di Francese si limitava ad indicare tra i *pesi inerenti all'usufrutto legale* " il pagamento " dei frutti maturati o degli interessi dei capitali ".

Ciò lasciava luogo a dubitare se fosser posti a carico dell'usufruttuario i soli frutti o interessi che decorressero dopo l'aprimento dell'usufrutto, od anco quelli che fossero già dovuti al cominciare di esso. E alcuni degli autori stavano per la prima opinione (1); mentre però il maggior numero abbracciava l'altra (2). Nè si può disconoscere che le ragioni addotte per quest'ultima erano assai preponderanti nella interpretazione del testo francese. Questo avea già premesso che anche l'usufrutto legale era gravato degli stessi pesi, ai quali sono tenuti gli usufruttuari in generale. Fra tali pesi, trattandosi d'usufrutto universale, si comprendeva anche quello di corrispondere le rendite passive o gl'interessi dei debiti gravanti il patrimonio usufruito (art. 610, 612 cod. Franc.). A che dunque un tale obbligo sarebbe stato contemplato separatamente nel n. 3 dell'arti-

(1) V. Duranton, t. III, n. 401; Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurispr. du not.*, v° *Usufruit légal*, n. 55; Chardon, *Tr. des trois puissances*, p. 2, n. 150.

(2) V. Proudhon, *De l'usuf.*, t. I, n. 206 e seg.; Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, chap. V, sect. III, pag. 256, n^a^ (*a*); Marcadé, art. 385, § III, t. II, n. 160; Demolombe, t. VI, n. 543-544; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 19; Laurent, t. IV, n. 332.

colo 385, se non si fosse trattato che delle prestazioni di rendite o degl'interessi che decorressero durante l'usufrutto? A ritenere che si fossero voluti imporre all'usufruttuario anche gl'interessi o i frutti passivi maturati anteriormente al cominciare dell'usufrutto concorrevano inoltre le tradizioni del diritto consuetudinario, ch'era pure stato la fonte delle norme adottate dal codice Francese rispetto all'usufrutto legale paterno. In fine poi la massima poteva essere abbastanza giustificata, perchè è principio di buona amministrazione che le passività annuali anche arretrate debbano essere soddisfatte col mezzo dei frutti, e non era incongruo che la legge, accordando al genitore il benefizio dell'usufrutto legale, gl'imponesse quell'onere speciale, al fine di non depauperare la sostanza patrimoniale del figlio.

Tuttavia non si può nemmeno negare che in pura teoria, in diritto costituendo, prevaleva per ragionevolezza, per piena conformità ai principii generali di diritto, l'opinione opposta. Gli oneri dell'usufrutto non possono essere che conseguenze di esso. Come ammettere che l'effetto preceda la causa, che i pesi inerenti ai frutti debbano essere sopportati da chi ancora non gode dei frutti medesimi? Eppoi quale contraddizione, laddove dovrebbe esservi una perfetta reciprocità! L'usufruttuario dovrebbe rispondere delle annualità passive e degl'interessi arretrati, mentre le rendite attive, gl'interessi dei capitali cadenti nell'usufrutto non decorrono a favor suo, se non dal giorno in cui l'usufrutto medesimo sia cominciato?

Gli autori del codice nostro, a cui la questione non poteva presentarsi che sotto il puro aspetto dei principii, lasciarono dunque da parte l'opinione che si basava sul testo d'altra legislazione, e si attennero a quella ch'era più razionale, dichiarando che l'usufruttuario legale sia tenuto soltanto al " pagamento delle annualità e degl'interessi dei capitali *che decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto* ".

E per togliere l'inconveniente di far seguire ad una

disposizione generale un'altra speciale, che nella prima fosse di per sè già compresa, premisero la dichiarazione dell'obbligo nell'usufruttuario legale di pagare le annualità o gl'interessi dei capitali che decorressero dopo il cominciamento dell'usufrutto, e aggiunsero poi " *tutti gli* " *altri obblighi* ai quali sono soggetti gli usufruttuari ". Non si può negare che sarebbe stata possibile una formola più semplice, la quale riunisse tutto in una sola disposizione, dicendo che fossero inerenti all'usufrutto legale *tutti gli obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari*. Ne sarebbe risultata con ciò solo abbastanza evidente l'obbligazione dell'usufruttuario legale di soddisfare a tutti i carichi annuali che fossero *inerenti ai frutti* da lui goduti (art. 506 codice civ.) e di sottostare altresì *al pagamento di tutte le annualità sì perpetue come vitalizie e degl'interessi di tutti i debiti di cui fosse gravato il patrimonio usufruito* (art. 509 codice civile). Se non che rispetto a quest'ultimo punto avrebbe potuto sorgere difficoltà intorno all'applicazione dell'art. 509; perchè nel sistema seguito dalla nostra legge era lecito dubitare se l'usufrutto conceduto al genitore che esercita la patria potestà potesse riguardarsi come *universale*. E fu appunto per sciogliere questa difficoltà, che si stimò opportuno di esprimere come anche l'usufruttuario legale fosse tenuto al pagamento degli interessi dei capitali e delle annualità, sebbene non gravanti come oneri reali su alcuno dei beni cadenti nell'usufrutto, determinatamente e specialmente; e fu così parificato all'usufrutto universale quello dipendente dalla patria potestà, come abbiamo altrove avvertito (1).

Parlando di *annualità* il nostro legislatore ha voluto evidentemente comprendere in questa parola qualunque prestazione periodica, non già solo quelle che siano pagabili ad anno; la differenza del termine più o meno lungo non inducendo modificazione di sorta nei principii generali

(1) V. sopra, n. 248, pag. 647-650.

degli articoli 506 e 509, di cui il n. 2 dell'art. 230 non è, come vedemmo, che la semplice applicazione.

Pel resto la generalità stessa del testo non lascia dubbio che debbasi respingersi quanto a noi l'opinione di qualcuno degli autori francesi, il quale insegnava che l'usufruttuario legale non dovesse le prestazioni arretrate di *rendite fondiarie*, perchè non erano rendite di capitali, nè quelle di *rendita vitalizia*, perchè essa non rappresenta il semplice frutto d'un capitale, ma il prodotto d'un contratto aleatorio (1). Per chi riteneva che l'usufruttuario legale dovesse, in virtù di una eccezione fatta per lui ai principii comuni, soddisfare anche le rendite e gl'interessi decorsi prima che l'usufrutto cominciasse, poteva essere giustificato che tale eccezione si restringesse rigorosamente a quelle prestazioni ch'erano espressamente contemplate dalla legge. Ma per noi non facendosi anche all'usufruttuario legale che la pura e semplice applicazione dei principii generali, è indubitabile ch'essa debba farsi in tutta la sua estensione, secondo i termini dell'art. 509, che abbracciano *qualunque annualità sì perpetua come vitalizia*.

Quanto agl'*interessi*, potrebbe nascer dubbio se la disposizione dell'art. 230, n. 2, dovesse applicarsi ai soli interessi ordinari, che si dicono *compensatorii*, a quelli cioè stabiliti nell'atto costitutivo del debito come compenso del godimento della somma da parte del debitore, od anche agl'*interessi moratorii* (art. 1231 cod. civile).

Nè può negarsi che farebbe propendere per la prima opinione il testo; che parlando *d'interessi dei capitali*, sembra riferirsi a quegl'interessi che il capitale produce indipendentemente dal ritardo nel pagamento.

Tuttavia crediamo doversi adottare la massima opposta. L'espressione usata nella legge è abbastanza generale, sì nell'art. 230, n. 2, che nel 509, per poter comprendere tutti gl'interessi che siano accessorii al debito d'una somma

(1) V. Proudhon, *De l'usufruit*, t. 1, n. 207.

capitale, sia che dipendano dal titolo stesso originario e costitutivo del debito, o dalla mora al pagamento del capitale. D'altronde sta egualmente il motivo della legge; perchè gl'interessi moratorii, come i compensatorii debbono naturalmente, secondo le regole di buona amministrazione, prelevarsi dai frutti. E poi dovendo l'usufruttuario, giusta il § 2 dell'art. 509, concorrere, quanto al godimento che gli spetta, al pagamento del capitale, sia anticipando la somma per averne poi al termine dell'usufrutto la restituzione senza interesse, sia corrispondendo durante l'usufrutto l'interesse al proprietario, che paghi del proprio il capitale, sia sottostando alla vendita di una parte proporzionata dei beni soggetti ad usufrutto; è conseguente che gl'interessi moratorii, decorsi durante l'usufrutto pel ritardato pagamento del capitale, siano ugualmente a carico dell'usufruttuario.

L'usufrutto legale può inoltre presentare una specialità, che non si verifica negli altri casi di usufrutto universale. Questo comprende generalmente tutti i beni componenti un determinato patrimonio, o per la totalità di esso, o per una quota; ond'è che pel carico dell'usufruttuario di sottostare al pagamento delle annualità passive o degl'interessi non può verificarsi altra limitazione, se non quella consistente nel proporzionare tale obbligazione alla quota per la quale sia costituito l'usufrutto, come è detto nel citato art. 509. Ma l'usufrutto legale potendo colpire anche solo alcuni dei beni formanti il patrimonio del figlio, in forza delle eccezioni stabilite nell'art. 229, è chiaro che in tal caso il concorso del genitore, godente l'usufrutto legale, nel pagamento di quelle annualità passive o di quegl'interessi, dovrà pure proporzionarsi alla parte di beni goduti dal genitore, in confronto di quella che resti in piena e libera proprietà del figlio. Ben s'intende che ciò riguarda unicamente quelle annualità che non gravino come oneri reali certi beni determinati; poichè in tale ipotesi esse starebbero intieramente ed esclusivamente a carico del geni-

tore, se quei beni cadessero nell'usufrutto di lui (art. 506 cod. civ.) e nel caso opposto dovrebbero essere totalmente soddisfatte dal figlio, al quale spettasse la piena proprietà dei beni stessi. — Il riparto poi delle annualità passive o degl'interessi dei capitali tra il genitore ed il figlio, i beni del quale in parte non fossero soggetti all'usufrutto legale di quello, potrebbe rendere necessaria una ventilazione, mediante la quale si determinasse, con valutazione fatta da periti, se occorresse, il rapporto tra le rendite dei beni soggetti all'usufrutto legale e quelli che ne fossero liberi; giacchè tale rapporto appunto dovrebbe servir di base alla determinazione di quella parte delle annualità o degl'interessi passivi, che dovessero ritenersi a carico dell'usufrutto legale.

279. (III) Come pesi inerenti all'usufrutto legale sono pure considerate " le spese di mantenimento, educazione " ed istruzione del figlio „ (art. 230, n. 1). Con una espressione identica vedemmo definita nell'art. 138 l'obbligazione che il matrimonio impone ad ambidue i coniugi verso la prole. Se non che in questo rapporto personale tra genitori e figli l'obbligazione non si limita — come nel rapporto reale in cui costituisce un onere dell'usufrutto legale — al solo oggetto pecuniario delle spese di mantenimento, educazione ed istruzione; ma comprende anche — come a suo luogo notammo — la parte morale delle cure personali, che i genitori debbono prestare per l'allevamento dei figli, per la loro educazione ed istruzione, le quali cure costituiscono anch'esse pei genitori medesimi una vera obbligazione giuridica (1).

Nondimeno, anche rispetto all'obbligazione pecuniaria, vi sono differenze notevoli tra quella che incombe ad ambidue i genitori, secondo l'art. 138, e quella che spetta

(1) V. vol. V, parte II, n. 273, pag. 383 e seguenti.

come onere dell'usufrutto a colui che lo esercita secondo la legge.

La dottrina è d'accordo nel segnalare le seguenti:

1° che le spese, a cui accenna l'art. 230, n. 1, debbono sempre essere determinate in proporzione delle rendite dei beni soggetti ad usufrutto, mentre l'obbligazione dei genitori proclamata nell'articolo 138 devesi misurare secondo le sostanze costituenti il patrimonio proprio di ciascuno di essi;

2° che dalle rendite dell'usufrutto devono prelevarsi sempre le spese proporzionate di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, senza far contribuire gli altri beni che il figlio medesimo avesse e che fossero esenti dall'usufrutto legale, mentre l'obbligazione stabilita dall'art. 138 diminuirebbe o potrebbe anche scomparire del tutto in ragione dei beni che il figlio avesse in sua piena proprietà;

3° che l'obbligo inerente all'usufrutto legale può anzi divenire causa esso medesimo che cessi l'obbligazione di cui è detto nell'art. 138, quando le rendite dei beni usufruiti siano sufficienti per provvedere congruamente al mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, il che può quindi tornare a profitto anche dell'altro genitore, dal quale il diritto d'usufrutto legale non è esercitato;

4° che quell'obbligo dell'usufruttuario è opponibile anche ai creditori di lui, i quali non possono esercitare le loro ragioni sull'usufrutto spettante al debitore, se non rispettando il diritto del figlio, che dalle rendite dei beni usufruiti siano prelevate avanti tutto le spese di mantenimento, educazione ed istruzione di lui; mentre l'obbligazione ordinaria d'ambidue i genitori, secondo l'art. 138, non impedirebbe ai loro creditori di farne espropriare i beni, esaurendone anche intieramente, se occorresse, il patrimonio.

Prima di dire, come ci proponiamo, qualche parola intorno a ciascuno di questi punti, gioverà ricordare una

osservazione che già abbiamo fatta, e ci parve fondamentale per giustificare l'istituzione stessa dell'usufrutto legale.

Le rendite dei beni del figlio — dicemmo — quantunque siano essi soggetti all'usufrutto legale, sono innanzi tutto destinate a vantaggio del figlio stesso, per ciò che occorra al mantenimento, all'educazione ed istruzione di lui; ed è solo il sopravanzo che la legge fa ricadere a benefizio del genitore (1). Questo concetto giustifica senz'altro il principio, in virtù del quale le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio sono considerate come *pesi inerenti all'usufrutto legale* e da esso inseparabili; e serve inoltre a spiegare il fondamento delle differenze accennate fra quest'onere dell'usufrutto e l'obbligazione personale che incombe ad ambidue i genitori secondo l'art. 138. Posto infatti che le rendite dei beni stessi soggetti all'usufrutto legale debbano per destinazione loro propria servire innanzi tutto al mantenimento, all'educazione ed istruzione del figlio, e sia solo il sopravanzo, dopo soddisfatto a questo loro principale ufficio, che debba devolversi in vantaggio del genitore; ne segue evidentemente che su quelle rendite debbano proporzionarsi le spese pel mantenimento, per la educazione e la istruzione del figlio, piuttostochè sullo stato patrimoniale dei genitori, e su altri beni spettanti al figlio e non soggetti all'usufrutto legale; ne segue ancora altrettanto chiaramente che tale destinazione principale delle rendite dei beni colpiti dall'usufrutto legale possa indirettamente giovare anche a quello dei genitori che non eserciti, secondo la legge, l'usufrutto medesimo, in quanto non gli accada più di dover concorrere coi mezzi propri in quelle spese, a cui basti l'erogazione obbligatoria delle rendite stesse; ne segue infine che i creditori del genitore usufruttuario non possono giovarsi del diritto a lui spettante, se non appunto pel sopravanzo che a lui si devolve, rispettando quindi il diritto del figlio di applicare fin dove

---

(1) V. sopra, n. 246, pag. 642.

occorra quelle rendite alle spese di suo mantenimento, di educazione ed istruzione.

280. (*a*) Il codice Francese alla dichiarazione che facessero parte degli oneri inerenti all'usufrutto legale " gli " alimenti, il mantenimento e l'educazione dei figli „ aggiungeva queste parole: " *in proporzione delle loro sostanze* „.

Il non essere stata riprodotta una tale espressione nel n° 1 del nostro art. 230 fece pensare a qualche scrittore che per una nuova massima adottata dalla nostra legge le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio dovessero essere proporzionate, non all'importanza dei beni formanti oggetto d'usufrutto, ma alla fortuna e condizione dei genitori, rispetto alla quale si richiedesse meno; e parve questo un progresso, perchè — si disse — il sopravanzo dei frutti sarà così maggiore, se ne gioverà tutta la famiglia, e sarà meglio osservata l'uguaglianza di trattamento desiderabile tra i fratelli, meglio rispettato il senso morale (1).

Singolare uguaglianza ci parrebbe questa, per la quale si togliesse ad uno dei figli parte dei mezzi che il suo patrimonio può somministrargli per una educazione ed istruzione migliore, al fine di pareggiarlo ai suoi fratelli che nulla hanno, e ripartire egualmente fra tutti ciò che forse appena basterebbe per uno; nè sapremmo scorgere quanto il sentimento morale se ne potrebbe avvantaggiare. Il nostro legislatore non ha ripetuto, è vero, le parole del codice Francese, ma per una sola ragione: perchè non era necessario. Essendosi detto che le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio " *sono inerenti all'usufrutto* " *legale* „ era ben chiaro da sè che all'entità di tale usufrutto dovesse proporzionarsi l'ammontare di quelle spese da prelevarsene, e non alle sostanze proprie del genitore usufruttuario, alle quali non sia necessario ricorrere per

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 555, pag. 386, n. 1.

le spese predette. È poi tutt'altro che contrario all'equità che il figlio, proprietario dei beni usufruiti dal padre, si giovi prima d'ogni altro delle rendite dei beni stessi pei propri bisogni; e non è poco che il sopravanzo sia attribuito per diritto d'usufrutto al genitore, e per mezzo di lui se ne faccia partecipare tutta la famiglia. Sarebbe anzi evidentemente ingiusto — come osserva il *Borsari* — che il figlio, a cui fossero stati lasciati o donati beni per procurargli una comoda posizione, una educazione ed una istruzione conveniente, fosse costretto a vivere disagiatamente, a darsi ad un'arte meccanica o ad altra umile occupazione, per porsi al livello della povera condizione paterna e per dividere col resto della famiglia, forse coi figli d'altro letto, le rendite dei beni suoi (1).

Bisogna però intendere in retto senso la massima che le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, il quale abbia beni soggetti all'usufrutto legale, debbano proporzionarsi alle rendite dei beni stessi, e non alla fortuna e condizione dei genitori. Ciò riguarda la determinazione di quelle spese, non già in modo assoluto, ma solo in relazione all'onere che se ne abbia ad imporre all'usufrutto. Il figlio ha un doppio titolo per esigere dal genitore che provveda alle spese del suo mantenimento, della sua educazione ed istruzione; l'obbligazione personale, che incombe ad ambo i genitori secondo l'art. 138, e l'onere reale che è imposto all'usufrutto in virtù dell'articolo 230, n. 1, e che dev'essere soddisfatto da quello dei genitori che esercita l'usufrutto medesimo. L'estensione di quell'obbligo devesi determinare nel primo aspetto applicando la regola generale dell'art. 143, in proporzione cioè del bisogno della persona per la quale le spese devono esser fatte, e delle sostanze di chi deve provvedervi; nel secondo aspetto deve determinarsi col solo elemento della entità dell'usufrutto. L'onere reale dev'essere adempito

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 230, § 539, vol. I, pag. 847-848.

sempre dal genitore usufruttuario, appunto perchè quell'onere è essenzialmente inerente all'usufrutto stesso; deve essere adempito quand'anche per mantenere, educare ed istruire convenientemente il figlio bisognasse esaurire intieramente le rendite dell'usufrutto, poichè tale è avanti tutto — come più volte abbiamo ripetuto — la loro destinazione, e d'altra parte il genitore stesso usufruttuario viene indirettamente ad avvantaggiarsi di quelle rendite, liberandosi corrispondentemente dall'obbligo di sostenere del proprio tali spese. Tuttavia bisognerebbe ammettere una limitazione pel caso che il genitore non fosse provveduto del proprio, ma si trovasse in bisogno; chè allora il diritto del figlio dovrebb'essere contemperato con quello spettante al genitore per gli alimenti, ai quali potrebbero ben anche partecipare i fratelli e le sorelle del minore, giusta il disposto dell'art. 141 cod. civ.; e con queste viste avrebbesi allora a determinare la parte di rendite dei beni cadenti in usufrutto, che dovesse essere destinata per le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del minore stesso.

L'obbligazione personale poi, proclamata dall'art. 138, dev'essere adempita da ciascuno dei genitori in proporzione delle rispettive loro sostanze, ognorachè le rendite dell'usufrutto legale non bastino per provvedere congruamente, secondo la condizione sociale e lo stato di fortuna dei genitori stessi, alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio. E certamente non sarebbe ammissibile che genitori ricchi potessero esonerarsi da ogni concorso a vantaggio del figlio, in considerazione d'uno scarsissimo patrimonio di cui egli fosse provveduto, e pretendessero di limitarne il mantenimento, l'educazione e l'istruzione a misura dei soli mezzi somministrati dalle rendite dei beni particolari ch'egli avesse soggetti all'usufrutto legale.

Se le rendite dei beni usufruiti siano per avventura superiori ai bisogni del figlio, sì in relazione alla fortuna

sua, che alla condizione dei genitori, il di più ricade a beneficio dell'usufruttuario, e ne approfitta indirettamente anche la famiglia, di cui egli è capo. Ma se quelle rendite appena bastino al figlio, secondo lo stato suo, il genitore, il quale d'altronde non sia nel caso di dover chiedere gli alimenti, non può limitare le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio stesso proporzionandole alla più povera condizione propria.

Così sembra doversi intendere la massima che le spese predette debbano essere determinate secondo l'importanza dei beni del figlio usufruiti dal genitore.

Dalla qual massima alcuni autori francesi trassero argomento per notare una ulteriore differenza, rispetto alla obbligazione generale che incombe personalmente ai genitori; perchè di questa — dicevano — non essendo fissata precisamente l'estensione dalla legge, il genitore avrebbe potuto soddisfarvi col dare al figlio una educazione inadeguata alla condizione propria; e, per esempio, quantunque ricco, allevare il proprio figlio come un semplice artigiano (1). Ciò potrà esser vero quanto al codice Francese; ma ci è sembrato che la nuova disposizione del nostro art. 233 provveda abbastanza perchè un tale scandalo non avvenga impunemente, e il genitore, che non somministri al figlio mantenimento, educazione ed istruzione convenienti al proprio stato, possa essere sottoposto a quei provvedimenti, che il detto articolo ha stabiliti pei casi di abuso della patria potestà (2). La differenza non può dunque riscontrarsi, secondo la legge nostra, nel rapporto notato dai citati autori francesi, ma solo nella diversa proporzione che deve prendersi per base nello stabilire l'estensione dell'obbligazione; la quale dev'essere determinata secondo la condizione e la fortuna dei genitori in quanto riguarda l'applicazione della regola generale dell'art. 138, e dev'es-

---

(1) V. Marcadé, art. 385, § II, t. II, n. 459; Laurent, t. IV, n. 331.
(2) V. sopra, n. 166, pag. 358.

sere invece commisurata alla sostanza colpita dall'usufrutto quando si tratti di applicare l'art. 230, n. 1.

Una simile osservazione può ripetersi eziandio rispetto ad un'altra censura, che si faceva al codice Francese, perchè avendo costituita una vera obbligazione civile a carico del genitore usufruttuario, per le spese di mantenimento ed educazione del figlio, e determinata ancora la estensione dell'obbligazione stessa, si fosse poi astenuto dallo stabilire un mezzo qualunque di sanzione, pel quale il genitore potesse essere efficacemente costretto ad adempiere l'obbligo suo. La nostra legge non si è esposta a tale rimprovero; poichè, in virtù appunto del disposto dall'articolo 233, non è solo riservata al figlio — come in diritto francese — l'azione pecuniaria per domandare, quando abbia raggiunta la maggiore età, la restituzione dei frutti percepiti dal genitore a proprio vantaggio, invece d'impiegarli per l'educazione ed istruzione del figlio; ma durante la minorità stessa di questo, uno dei più prossimi parenti di lui, od anche il pubblico ministero può invocare dal tribunale i provvedimenti ammessi dal predetto articolo, affinchè sia data effettivamente al figlio l'educazione ed istruzione conveniente secondo lo stato suo.

281 (*b*). La seconda delle regole accennate nel penultimo numero è che alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio debbasi provvedere colle rendite dei beni di cui è attribuito l'usufrutto al genitore, senza farvi contribuire altri beni che il figlio avesse in libera sua proprietà. Il che però devesi intendere in questo solo senso, che *quando le rendite dell'usufrutto bastino* per le spese preaccennate, il genitore usufruttuario debba sopportarle intieramente, nè possa farvi contribuire proporzionalmente gli altri beni del figlio non soggetti all'usufrutto legale. Così se il figlio, dopo aperta la successione materna, abbia ricevuti altri beni, legati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto legale, od anche se questa

proibizione sia stata fatta dalla madre stessa nell'istituire suo erede universale il figlio, sicchè l'usufrutto paterno sia limitato, secondo l'art. 229, n. 1, alla sola legittima, ma l'eredità materna nel primo caso, o la porzione legittima nel secondo, basti a tutte le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, queste rimarranno a tutto carico del padre usufruttuario; nè dovranno essere imputate *pro rata* anche sui redditi dei beni esenti dall'usufrutto.

La massima così intesa è infatti perfettamente conforme al testo della legge, che impone l'onere di quelle spese nella loro totalità come inerenti all'usufrutto legale, senza distinguere se i beni formanti oggetto dell'usufrutto siano i soli costituenti il patrimonio del figlio, od egli ne abbia altri: e la dottrina può dirsi su questo punto concorde (1).

Qualcuno veramente opinò in contrario, adducendo volere l'equità che le spese di mantenimento ed educazione del figlio si prendessero su tutti indistintamente i redditi dei beni di lui (2).

Ma come mai si può parlare di equità a proposito della estensione che si verrebbe indirettamente a dare oltre i termini della legge al diritto d'usufrutto, che non è altro fuorchè una creazione della legge stessa? È un benefizio che è conceduto al padre per mera virtù del diritto positivo, non certo fondandosi sui principii generali, ma su ragioni soltanto di convenienza. Questo benefizio dalla legge che lo accorda è subordinato a certi oneri, i quali si dichiarano inerenti all'usufrutto legale; tra cui quello delle spese tutte di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio. È mai possibile accrescere il benefizio, diminuendo gli oneri che vi corrispondono, col trasferirli in parte sovra altri beni del figlio non soggetti all'usufrutto, sotto pretesto

---

(1) V. Proudhon, *Traité des dr. d'usuf.*, ecc., t. I, n. 187-188; Valette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, chap. V, sect. III, pag. 255; Marcadé, art. 385, t. II, § II, n. 159; Demolombe, t. VI, n. 540; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 3 *b*; Laurent, t. IV, n. 331.

(2) V. Demante, *Cours analytique du code civil*, t. II, n. 130 *bis*.

che così consigli la equità? In ogni caso ciò sarebbe stato ufficio del legislatore, non dell'interprete.

Il *Borsari* si è fatto egli pure a combattere la teoria insegnata dal *Proudhon* e generalmente adottata (1).

Egli osserva che “ *l'avere accettato l'usufrutto non cor-* “ *risponde ad una rinunzia dei vantaggi di un concorso dei* “ *figli* „. Ma la questione non cade sul potersi o no ritenere rinunziato al diritto di far contribuire gli altri beni dei figli; consiste bensì nel vedere se tale diritto esista o no. E che non esista ci par dimostrato chiaramente dagli autori sovra citati colle dichiarazioni che abbiamo esposte.

Riferendosi poi ai due casi proposti dal *Proudhon* — e che sono quegli stessi che sopra enunciammo a modo di esempio — il *Borsari* fa notare che i beni usufruiti dal superstite si suppongono derivati dalla successione dell'altro genitore premorto; e, in tale ipotesi, “ la sostanza si è “ scissa, e la madre superstite, benchè con tutti i diritti “ della patria potestà, non dispone più delle facoltà che si “ concentravano nel capo della famiglia; quindi è giusto, “ forse necessario, che i figli prestino coi loro stessi beni “ un forte sussidio per compiere la propria educazione „.

Confessiamo di non saper penetrare nell'importanza di questa obbiezione, che l'egregio autore rimprovera al *Proudhon* ed agli altri di non aver considerata. I casi supposti dal *Proudhon* sono accennati semplicemente come esempi. In luogo della successione materna possiamo benissimo supporre quella di un parente collaterale materno, alla quale il figlio sia stato chiamato per legge, od anche quella di un estraneo, che lo abbia istituito erede senza privare il padre dell'usufrutto, che invece gli sia stato tolto in un legato od in una donazione che abbia acquistato posteriormente; e in luogo della istituzione ordinata dalla madre in favore del figlio, colla condizione che il

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 138-139, § 365, vol. I, pag. 541-542.

padre non abbia l'usufrutto, possiamo supporre che un testatore estraneo, istituendo suo erede universale il figlio, abbia dichiarato nel testamento che il genitore non possa esercitare l'usufrutto che *su di una parte dell'eredità.* La massima insegnata dal *Proudhon*, e comunemente seguìta, non cangierà per questo. Si riterrà egualmente che se i beni goduti in usufrutto dal genitore sono sufficienti per far fronte alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, l'usufruttuario dovrà sopportarle intieramente, secondo il disposto dell'art. 230, n. 1, senza potervi far contribuire gli altri beni del figlio liberi da usufrutto; e contro questa massima l'obbiezione del *Borsari* non avrà più nessuna ragione d'essere. Ma anche stando alle sole fattispecie proposte dal *Proudhon*, il parlare della diminuzione di mezzi patrimoniali per la morte d'uno dei genitori, e della necessità che può derivarne che i figli concorrano coi loro beni personali per compiere la propria educazione, non pare che faccia al caso. Poichè ben s'intende — e già lo abbiamo notato sopra, e ne parleremo ancora fra breve — che se i beni, appartenenti in proprietà al figlio, e in usufrutto al genitore, non bastino per provvedere alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione di quello, si farà luogo ad imputare l'eccedenza di tali spese sui frutti degli altri beni spettanti in proprietà libera al figlio medesimo. La questione non è che pel caso in cui potendo bastare a quelle spese le rendite dei beni usufruiti, tuttavia si domandi se il genitore usufruttuario debba sopportarle intieramente, o *non ne sia tenuto che proporzionalmente alla parte di patrimonio di cui ha il godimento.* In questi termini precisi essa è stata formolata dal *Proudhon;* e così è chiaro che l'obbiezione sopra ricordata non ha più base.

Ritorniamo ora all'avvertenza già fatta in principio di questo numero, e poco fa richiamata, che cioè solo quando vi siano beni del figlio usufruiti dal genitore, e le loro rendite bastino per provvedere a tutte le spese di mantenimento, educazione e istruzione del figlio medesimo, non vi

è luogo a far contribuire a tali spese i beni ch'egli abbia in piena proprietà.

E prima supponiamo che il figlio non abbia che beni a lui lasciati o donati colla condizione che il padre non ne goda l'usufrutto. Anche qui la dottrina è generalmente concorde nell'ammettere che il genitore possa allora imputare intieramente le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, sulle rendite dei beni a questo appartenenti, i quali sebbene non soggetti all'usufrutto legale in favore del genitore, sono però sempre amministrati da lui. E perciò appunto si nota come una delle differenze tra l'onere reale dell'usufrutto legale — secondo il nostro articolo 230, n. 1 — e l'obbligazione personale dei genitori — secondo l'art. 138 — che mentre da questa sono i genitori esonerati qualora il figlio possegga beni di sua esclusiva e piena proprietà, il genitore che gode dell'usufrutto legale deve invece sopportare, quale onere di esso, il pagamento di tutte le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, senza potervi far contribuire gli altri beni liberi di lui, siccome abbiamo precedentemente dimostrato (1).

Qui pure ha però manifestata un'opinione contraria il nostro *Borsari;* il quale pensa che essendo dichiarata nel modo più formale dall'art. 138 l'obbligazione di ambidue i genitori di mantenere, educare ed istruire la prole, e in nessun luogo del codice essendo parlato del concorso che i figli debbano prestare alle relative spese, mediante i beni che loro appartengano, debbasi quindi ritenere che quella obbligazione dei genitori non possa cessar mai, nonostantechè il figlio acquisti beni di sua esclusiva e piena proprietà; e solo possa farsi luogo a giovarsi *in sussidio* delle rendite dei beni del figlio non usufruiti dal genitore, qualora per quest'ultimo, secondo i mezzi suoi, riescano troppo gravose tali spese, o la educazione del figlio richieda un

(1) V. Proudhon, *De l'usuf.*, t. I, n. 186; Valette, Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, l. c.

maggiore sviluppo (1). L'autore insiste assai, a tale proposito, sulla distinzione tra l'obbligo della educazione dei figli, e l'obbligazione alimentaria propriamente detta; distinzione che, per quanto vera, non sembra però poter esercitare influenza alcuna sulla presente quistione, in cui non si tratta d'altro che dell'*obbligazione pecuniaria*, si tratta di determinare se a carico del genitore, o dei beni personali del figlio, debbano stare *le spese* di mantenimento, educazione ed istruzione di quest'ultimo. E già dimostrammo in altro luogo quanta sia l'analogia tra l'obbligazione alimentare comune, e quella di provvedere al mantenimento, all'educazione ed istruzione dei figli minori, per ciò che riguarda la parte puramente pecuniaria. Donde traemmo la conseguenza che anche alla obbligazione proclamata nell'articolo 138 sia applicabile la regola generale dei successivi 143, 144, secondo cui ogni obbligazione riguardante alimenti dev'essere determinata *in proporzione del bisogno di chi li domanda* e delle sostanze di chi deve somministrarli; e qualunque mutazione sopravvenga nelle condizioni dell'uno o dell'altro può far luogo alla cessazione o riduzione dell'obbligo predetto (2). Se ciò è vero, come sembra indubitabile, e come è ammesso generalmente dalla dottrina, non sarà dunque esatto ciò che dice il *Borsari*, che non vi sia alcuna disposizione del codice in cui si parli del concorso che i figli debbano prestare coi beni a loro appartenenti, per le spese di proprio mantenimento, educazione ed istruzione. Ne parlano abbastanza gli articoli 143 e 144 collo stabilire, conformemente a ragione, che niuno possa pretendere di essere mantenuto a spese altrui qualora abbia mezzi proprii sufficienti. — Ben s'intende che se le rendite particolari del figlio bastassero in parte soltanto, alla differenza dovrebbe il genitore provvedere del proprio. Nè a tale proposito

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 138-139, § 365, vol. I, pag. 541-542.
(2) V. vol. V, parte II, n. 278, pag. 406-408.

sembra ammissibile l'opinione del *Proudhon;* il quale insegna che " se le spese saviamente fatte eccedano la somma " delle rendite del figlio, il genitore diverrà suo creditore " per la differenza, che egli potrà ripetere *anche sul capitale* " delle sostanze del figlio medesimo „ (1). I mezzi che il figlio ha in proprio per provvedere al suo mantenimento, all'educazione ed istruzione, devono essere calcolati sulle rendite di lui, e non a diminuzione della sostanza capitale. Così vogliono le regole di buona amministrazione; e il padre, che è amministratore pel figlio, non può pretendere di violarle in danno di lui, per diminuire i carichi che la paternità gl'impone (2).

Ciò che abbiamo detto, pel caso che il figlio non abbia che beni liberi dall'usufrutto legale, devesi applicare anche all'altro che il genitore abbia un usufrutto, ma insufficiente per provvedere alle spese tutte di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio. La differenza, che secondo la regola generale dell'art. 138 sarebbe a carico personale del genitore stesso, potrà da lui essere imputata sulle rendite degli altri beni che il figlio abbia liberi dall'usufrutto legale. Non vi sarebbe ragione per ammettere una tale imputazione quando il padre avrebbe avuto, secondo l'art. 138, l'onere intiero delle spese, e negarla quando da simile onere è già liberato in parte, corrispondentemente ai redditi ch'egli trae dai beni del figlio cadenti nel suo usufrutto.

282. (*c*) Abbiamo detto, in terzo luogo, che l'onere inerente all'usufrutto legale, secondo l'art. 230, n. 1, ha per effetto di far cessare, o in ogni caso diminuire, l'obbligazione imposta ad ambidue i genitori dalla disposizione generale dell'art. 138. Ciò è tanto evidente da non abbisognare d'essere dimostrato. Senonchè qualche autore osserva " che le rendite dell'usufrutto sono devolute al padre o alla

---

(1) V. Proudhon, *De l'usuf.* n. 186.
(2) V. vol. V, parte II, l. c., pag. 408.

" madre; e che essendone privati vengono con ciò a con-
" tribuire alla spesa ". Ma questa idea ci sembra inesatta.
Come ha detto egregiamente il *Marcadé:* " Le rendite del
" figlio non sono attribuite al genitore, e non divengono
" proprietà sua, se non dopo che ne sia stato prelevato
" quanto occorre pei bisogni del figlio stesso ". Non può
dunque dirsi che il padre sostenga del proprio le spese
pel figlio, quando impiega in tali spese le rendite dei beni
appartenenti a quest'ultimo, quantunque soggetti all'usu-
frutto legale. E ciò appunto giustifica la conseguenza, che
già indicammo derivare da questa terza regola, che anche
al genitore, il quale non eserciti l'usufrutto legale, giovi
l'essere vincolate le rendite di esso al pagamento delle
spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio;
mentre se fosse vero che il genitore usufruttuario venisse
a pagare del proprio quelle spese coll'adoperarvi le rendite
dell'usufrutto, sarebbe difficile spiegare il perchè quello
dei genitori, che secondo la legge non deve godere effetti-
vamente dell'usufrutto, avesse a cessare in tutto od in parte
d'essere obbligato a contribuire, secondo la regola generale
dell'art. 138, per le spese di mantenimento, educazione ed
istruzione del figlio.

Così rimane confermato il principio più volte accennato,
che delle rendite dei beni soggetti all'usufrutto legale è
solo il sopravanzo, dopo provveduto a tutti i bisogni del
figlio, che viene dalla legge attribuito al genitore usufrut-
tuario; al quale pertanto questo sopravanzo appartiene
veramente ad esclusione dell'altro genitore, mentre quella
parte di rendite dei beni soggetti all'usufrutto, che è neces-
saria per le spese di mantenimento, educazione ed istru-
zione del figlio, giova egualmente sì all'uno che all'altro dei
genitori, liberandoli in tutto o in parte dall'obbligazione
ad essi imposta dall'art. 138.

283 (*d*). Notammo da ultimo che i creditori del geni-
tore usufruttuario non potrebbero, pel soddisfacimento dei

loro crediti, approfittare dell'usufrutto legale spettante al loro debitore, sottoponendolo al procedimento di esecuzione forzata, se non rispettando gli oneri inerenti all'usufrutto medesimo, e tra essi anche quello delle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio; di guisa che chi divenisse aggiudicatario del diritto espropriato dovrebbe pure sottostare alla prelevazione, dalle rendite dei beni usufruiti, di quella parte che bisognasse per lo adempimento dei predetti oneri. Intorno a che non abbiamo che a riferirci alle dimostrazioni già fatte prima d'ora (1). È ben evidente: se anche i creditori potessero avere un *diritto reale di guarentia* sull'usufrutto legale spettante al debitore, gli oneri reali, gravanti anche eventualmente sul bene che formasse oggetto di tale guarentia, sarebbero opponibili ai creditori stessi, che l'avessero ottenuta; poichè essi non avrebbero potuto riportare dal debitore la trasmissione di diritti maggiori di quelli che a lui competevano. Ma poi la possibilità stessa di un diritto reale a favore dei creditori è tolta, secondo la nostra legge, dalla disposizione dell'art. 1967, che vieta l'ipoteca sull'usufrutto legale dei genitori. I creditori non possono dunque avere altro diritto che quello corrispondente alle semplici obbligazioni personali, di ottenere cioè il pagamento dei loro crediti mediante i beni, quali che siano, del loro debitore (art. 1948 cod. civ.). Ma appunto perciò bisogna ch'essi si valgano dei beni e dei diritti del debitore, quali sono per lui stesso al tempo in cui essi esercitano le loro azioni; e rispetto all'usufrutto legale, poichè l'usufruttuario stesso non ne gode che sotto gli oneri stabiliti dall'articolo 230, questi oneri devono pure essere rispettati dai creditori, e da chi per le azioni da essi promosse divenga aggiudicatario.

Nè ciò si limita agli oneri come esistono effettivamente al tempo dell'esecuzione, ma si estende anche alla even-

(1) V. sopra, n. 251, pag. 667 e seguenti.

tualità futura degli oneri stessi, come questa eventualità sta a carico del debitore: cosicchè, dato che le spese necessarie per mantenere, educare ed istruire il figlio aumentassero, la loro totalità dovrebbe sempre gravare sulle rendite dell'usufrutto.

In confronto di questa specialità, che presenta, rispetto ai creditori del genitore, l'usufrutto legale, notammo parimente che invece l'obbligazione comune, imposta ad ambo i genitori dall'art. 138, non formerebbe ostacolo pei creditori dell'uno o dell'altro alla libera facoltà di farne espropriare i beni pel pagamento dei loro crediti, senza riguardo a scemare od anche togliere affatto ai figli del debitore i mezzi per sopperire in futuro alle spese di loro mantenimento, educazione e istruzione. La qual massima, per quanto possa apparire dura, è però la conseguenza inevitabile del diritto dei creditori, e dell'indole affatto speciale del diritto di alimenti, come fu dimostrato altrove (1).

284. Per espressa dichiarazione dell'art. 230, gli obblighi che vi si trovano enumerati sono *pesi inerenti all'usufrutto legale;* il che concorda col concetto accettato generalmente dalla dottrina, la quale li considera come *oneri reali.* Ma nel determinare con precisione quale sia questo carattere di realità, può sorgere qualche dubbiezza.

Certi oneri sono strettamente *reali,* sì per la intrinseca loro natura che per ogni loro effetto. Sòrti per ragione di un bene determinato, a cui si reputano inerenti, non fanno luogo all'esercizio dei diritti che vi corrispondono in favore altrui, se non sul bene medesimo gravato di tali oneri e contro la persona che ne sia in possesso; cosicchè non solo seguono necessariamente questo possesso, cessano col cessare di esso, passando a carico del nuovo possessore, e permettono anche di liberarsene col semplice ab-

(1) V. vol. V, parte II, n. 299, pag. 499 e seguenti.

bandono della cosa per ragion della quale esistono, ma inoltre non possono mai dar luogo ad alcuna azione che non sia esclusivamente reale, che possa esercitarsi personalmente contro il possessore e sugli altri beni formanti parte del suo patrimonio.

Tali sono le servitù prediali, e l'ipoteca in quanto colpisca beni posseduti da chi non sia tenuto personalmente dell'obbligazione assicurata coll'ipoteca stessa.

Altri oneri sono reali per la natura loro, perchè parimente non sussistono che per ragione d'un bene determinato al quale sono inerenti, e a carico del possessore di esso: cessano quindi col cessare del possesso medesimo, e lasciano luogo a potersene liberare per l'avvenire mediante l'abbandono della cosa su cui risiedono; ma finchè il possesso dura, possono far sorgere a carico del possessore *obbligazioni personali*, che una volta nate dànno luogo ad azione non solo su quel bene determinato per ragion del quale si verificarono, ma eziandio sugli altri beni della persona obbligata, e non possono essere estinte mediante il semplice abbandono del bene predetto, sebbene tale abbandono possa liberare pel futuro dal sorgere di altre simili obbligazioni.

Un esempio ne porge l'obbligo, che hanno i comproprietari di contribuire, in proporzione delle rispettive quote, alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune. Che questo sia per natura sua un onere reale, non può dubitarsi; poichè dipende unicamente dalla partecipazione alla proprietà della cosa, può farsi valere contro qualunque cessionario della quota d'uno dei partecipanti, cessa allora rispetto al cedente, ed anche, senza che il partecipante abbia trasmessi ad altra persona i proprii diritti ed oneri, può ottenersene per l'avvenire la liberazione mediante l'abbandono dei proprii diritti di comproprietà (art. 549, 676 cod. civ.). Pure, finchè si partecipa alla comunione, ogni volta che si faccia luogo a spese per la conservazione della cosa comune, sorge a carico di

ciascun condomino, in ragione della rispettiva quota, una obbligazione personale pel contributo in tali spese; obbligazione il cui adempimento può ottenersi coi mezzi di esecuzione stabiliti dalla legge, non tanto sul bene che forma oggetto della comunione, quanto sugli altri beni patrimoniali dei condomini, nè quindi da tale obbligazione sarebbe ormai più possibile liberarsi col semplice abbandono dei diritti di comproprietà.

Ora, a quale delle accennate due categorie dovremo assegnare gli oneri reali dipendenti dall'usufrutto legale, secondo l'art. 230?

Completeremo la risposta a tale quesito nei due successivi numeri, in cui vedremo se l'usufruttuario legale possa esser tenuto all'adempimento degli obblighi impostigli dall'articolo 230 anche coi beni proprii personali, e se possa liberarsi anche retroattivamente da tali obblighi mediante la rinunzia dell'usufrutto. Frattanto però, considerando il quesito stesso nel suo aspetto più generale, diremo perchè ci sembri doversi risolverlo nel senso che gli oneri predetti, quantunque per natura loro *reali*, abbiano tuttavia per effetto di produrre a carico dell'usufruttuario l'obbligazione personale di adempirli (1). Il testo della legge non sembra contrario a questo concetto. È vero che gli oneri indicati nell'art. 230 sono dichiarati *inerenti all'usufrutto;* ma se ciò accenna al fondamento giuridico di questi oneri, che è puramente *reale*, dipendente solo dal godimento dei beni usufruiti, non implica però che su tale base non possano costituirsi, per virtù della legge, vere obbligazioni personali a carico dell'usufruttuario legale. Si aggiunge che tra gli oneri predetti sono compresi, con una disposizione generale di cui già parlammo, " tutti gli obblighi ai quali " sono soggetti gli usufruttuari ", e par difficile ammettere che le obbligazioni dell'usufruttuario ordinario non siano personali, ed egli ne sia quindi tenuto sui soli frutti

(1) V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, ecc., t. II, n. 224.

di cui gode, non sugli altri beni proprii; mentre la legge le presenta sempre come vere obbligazioni, aventi i caratteri e gli effetti comuni, dicendo che *l'usufruttuario è tenuto alle riparazioni ordinarie, è tenuto al pagamento dei carichi annuali del fondo, deve soggiacere al pagamento di tutte le annualità e degl'interessi dei debiti, di cui il patrimonio è gravato*, se l'usufrutto sia universale, ecc. È vero però che anche per l'usufrutto ordinario vi è discordia d'opinioni tra gli autori, intorno al decidere se gli obblighi imposti all'usufruttuario costituiscano o no per lui vere obbligazioni personali; questione della quale non è qui luogo di occuparci. Ma limitandoci ora a parlare del solo usufrutto legale, chiederemo la soluzione del dubbio ai principii generali, che sono sempre la guida più sicura.

Alcuni degli autori, dai quali fu sostenuta la massima che gli oneri dell'usufrutto legale, quantunque reali, producano però anche obbligazioni personali a carico dell'usufruttuario — primo tra questi autori il *Proudhon* — ricorsero all'idea d'un *quasi-contratto*, che si formerebbe coll'accettazione dell'usufrutto, mediante la quale l'usufruttuario si sottometterebbe volontariamente a sopportare gli oneri costituenti il passivo dell'usufrutto medesimo. Ma questa idea è giustamente respinta dal *Marcadé* in un passo del suo commentario, che già avemmo occasione di citare. Le obbligazioni dell'usufruttuario legale non gli derivano nè da contratto nè da quasi-contratto, ma unicamente dalla legge; la quale gli offre semplicemente un diritto, di cui non sono che conseguenze ed accessorii gli oneri che la legge stessa vi appone. D'altra parte, accettando quel concetto, e volendo seguirlo fino agli ultimi suoi risultamenti, si andrebbe tropp'oltre; poichè si dovrebbe arrivare fino alla conseguenza che il genitore non potesse liberarsi neppure per l'avvenire, rinunziando allo usufrutto, dalle conseguenze degli obblighi ch'egli avrebbe personalmente assunti mediante questo quasi-contratto dell'accettazione; e abbiam veduto che a tale conclusione

giunge appunto logicamente il *Borsari*, contraddicendo però in questo all'opinione generale (1).

Se non che a noi pare che, abbandonato questo concetto fallace, se ne presenti un altro vero e sufficiente a risolvere la difficoltà. La disposizione diretta della legge è pure tra le cause di obbligazioni personali, non meno che il contratto, il quasi-contratto, il delitto e il quasi-delitto (articolo 1097 codice civile). E perchè qui, dove si tratta di obblighi imposti dalla legge medesima, a chi essa investe del diritto d'usufrutto legale, andrem cercando una causa diversa di obbligazione? Ciò, è vero, non prova ancora che tali obblighi siano considerati dalla legge come vere obbligazioni personali, ch'essa imponga all'usufruttuario, e non piuttosto come oneri strettamente reali; potremo anzi sentirci ripetere che li ha considerati in quest'ultimo aspetto soltanto, poichè li ha dichiarati *inerenti all'usufrutto*. Ma la risposta fu prenunziata: sono *pesi inerenti all'usufrutto*, perchè in esso riconoscono il loro principio e la loro causa, perchè da esso dipendono, perchè non stanno se non sino a quando esso duri, perchè si trasmettono a chi sia cessionario dell'usufrutto medesimo, perchè in fine l'usufruttuario può liberarsene per l'avvenire col rinunziare al proprio diritto. Tutto questo però non toglie che tali oneri, reali nel loro principio, possano ancora produrre, per virtù diretta della legge, obbligazioni personali. E che così debba essere ci pare potersi argomentare dallo spirito che informa la disposizione legislativa di cui parliamo; la quale non può avere inteso, a veder nostro, che gli obblighi da essa indicati debbano riguardarsi come *oneri strettamente reali* anche per ogni loro effetto, il che importerebbe che le azioni corrispondenti non potessero esercitarsi se non sui frutti dei beni goduti dal genitore. Lasciamo da parte il primo di quegli obblighi, enumerati nell'art. 230; poichè le spese di mantenimento, educazione

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 228, § 526 B, vol. I, pag. 829.

ed istruzione del figlio, dovendo sempre essere proporzionate, come dimostrammo, all'importanza dell'usufrutto, non avverrà caso di dover tenere responsabile del proprio il genitore, se non in quanto abbia rivolti a proprio vantaggio i frutti senza soddisfare all'onere che vi era imposto; il qual fatto costituirebbe allora di per sè una nuova causa di obbligazione personale. Ma la legge obbliga in secondo luogo l'usufruttuario legale al pagamento delle annualità e degli interessi dei capitali, decorsi dal giorno in cui si è aperto l'usufrutto. Forsechè non sarà egli tenuto a tale pagamento fuorchè entro il limite delle rendite nette da lui percepite, e i creditori non potranno agire che su tali frutti, non sui beni personali del genitore? Il testo non dice parola di ciò; al contrario dichiara tenuto l'usufruttuario al pagamento di quelle annualità ed interessi, senza limitazione di sorta. E in verità apparirebbe contraddittorio che la legge, la quale accettò come uno dei suoi principali motivi per mantenere la istituzione dell'usufrutto legale, che non convenisse esporre il genitore a dover rendere il conto delle rendite ch'egli avesse percette dai beni del figlio, ammettesse poi una massima la quale indurrebbe la necessità di rendere un simil conto per determinare fino a qual punto fosse il genitore tenuto di corrispondere le annualità passive e gl'interessi dei capitali. — Queste annualità o questi interessi sono da lui dovuti in totalità, se in totalità gli appartengono le rendite dei beni del figlio; nè queste formano limite al debito di quelli, nè sovr'esse soltanto possono esercitarsi i diritti dei creditori. Spetta al genitore di calcolare nel proprio interesse se gli convenga sopportare gli oneri che gli sono imposti, in confronto degli utili dei quali è chiamato a godere: e quando trovi che no, è sempre in poter suo di liberarsi col rinunziare all'usufrutto.

Stabilito così il principio, vediamone ora le conseguenze.

Abbiam detto che gli oneri determinati dall'art. 230 ono veramente *reali* quanto al loro fondamento, che con

siste nell'inerenza di essi all'usufrutto legale. Ne seguirà pertanto che quegli oneri non possano cominciare a decorrere a carico dell'usufruttuario se non dal giorno in cui si apra l'usufrutto, come la legge stessa dichiara espressamente per le annualità passive e gli interessi dei capitali; che debbano cessare dal giorno in cui, per qualunque causa, finisca l'usufrutto; che se questo venga ceduto — come ci parve potersi fare, purchè la cessione riguardi l'usufrutto sovra beni determinati — il cessionario debba parimente sopportare quegli oneri (1).

Ma oltre a questi sono da notarsi altri effetti importanti che dipendono dal principio medesimo.

Il genitore, il quale avesse rivolti a proprio vantaggio i frutti dei beni del figlio, che avrebbe dovuto impiegare nello adempimento degli oneri stabiliti dalla legge, se li sarebbe appropriati indebitamente; epperò il figlio avrebbe diritto a ripeterli in fine dell'usufrutto.

I creditori del genitore potrebbero, per le ragioni che abbiamo altrove dimostrate, esercitare le loro azioni, non solo sui frutti che il genitore avesse percetti dai beni del figlio, ma sul diritto medesimo d'usufrutto (2). Ma nel primo caso il figlio avrebbe diritto — e per lui potrebbe farne istanza, come suo legittimo rappresentante, il genitore stesso al quale spettasse l'esercizio della patria potestà — che dai frutti pignorati o dal prezzo ritrattone si prelevasse la parte necessaria per soddisfare agli oneri stabiliti dall'art. 230; come nel secondo caso l'interesse del figlio sarebbe abbastanza guarentito dal non potersi espropriare l'usufrutto se non col carico all'aggiudicatario di adempiere gli oneri inerenti all'usufrutto medesimo. Così, quantunque nel nostro codice non sia stata riprodotta la disposizione colla quale altre legislazioni stabilivano che “ i figli, i beni dei quali soggiaciono ad usufrutto

---

(1) V. sopra, n. 250, pag. 656 e seguenti.
(2) V. sopra, n. 251, pag. 667-669.

" in forza della patria potestà, hanno il *diritto di prefe-
" renza* sopra l'usufrutto medesimo per le spese di educa-
" zione e mantenimento „ (art. 99 cod. Parm. — 138 cod. Est.) tuttavia non questo soltanto, ma parimente tutti gli altri oneri apposti dall'art. 230 all'usufrutto legale sono dal loro stesso carattere di realità guarentiti con un mezzo più efficace ancora di qualunque diritto di prelazione; poichè nè può essere disposto in nessun modo dell'usufrutto, se non rimanendovi inerenti a fronte di chiunque i medesimi oneri, nè i creditori personali del genitore possono esercitare le loro azioni sui frutti medesimi, che siano stati percetti, se non prelevato prima tutto quanto sia necessario per l'adempimento degli oneri predetti.

Tuttavia non sarebbe certo possibile considerare la inerenza degli obblighi, menzionati nell'art. 230, all'usufrutto legale, come una vera e speciale guarentigia dei crediti corrispondenti; poichè la realità essendo una qualità intrinseca del diritto a cui si applica, non può essere confusa coi mezzi di assicurazione accessorii al credito, sebbene sia effetto di quel carattere di realità di assicurare anche meglio il credito stesso.

Resta a vedersi quali conseguenze siano deducibili da quest'ultima osservazione, in rapporto alle persone che possono giovarsi di quella prerogativa di realità, per esigere che l'ammontare dei crediti protetti dalla disposizione dell'articolo 230 sia prelevato dai frutti dei beni del figlio goduti dal genitore. Intorno a che è certo, innanzi tutto, che quella realità di diritti potrà essere invocata da tutti coloro a cui competano i diritti medesimi, e quindi non solo dal figlio, ma eziandio dai creditori, a cui siano dovute le annualità e gl'interessi dei quali parla il n.° 2 del predetto articolo; il che, d'altra parte, non manca di giovare anche al figlio stesso, in vantaggio del quale quella realità di diritti è stabilita, poichè se con tal mezzo vengono soddisfatte le annualità o gl'interessi de' capitali, che altrimenti rimarrebbero insoluti, ciò procura al figlio la libe-

razione dal debito corrispondente. È ammesso infatti dalla dottrina, nè potrebb'essere seriamente contestato, che la realità degli oneri apposti dalla legge all'usufrutto non pregiudica ai diritti personali dei terzi creditori verso il figlio; il quale rimane pure obbligato personalmente verso coloro a cui deve le prestazioni periodiche o gl'interessi de' capitali, nonostantechè l'usufruttuario abbia l'onere reale di pagare quelle annualità od interessi. E invero lo usufruttuario essendo tenuto a ciò unicamente in qualità di possessore dei beni usufruiti, non ne può derivare alcun cangiamento nell'obbligazione personale del principale debitore, che è il figlio; nè può concepirsi l'idea d'una *novazione*, per la quale sia estinto il debito di quest'ultimo, mentre la legge non ha parola che vi accenni (1).

Ma coloro che subentrino nelle attività corrispondenti agli oneri reali contemplati nell'art. 230, potranno ugualmente giovarsi di quella realità di diritti per ottenere il pagamento dell'aver loro? È un estraneo, per esempio, che ha somministrati al figlio gli alimenti, o ciò che era necessario all'istruzione di lui; è un terzo che ha pagate le annualità o gl'interessi dei capitali a chi ne era creditore, od ha somministrato all'usufruttuario il denaro necessario a ciò, ed ha riportata surrogazione per convenzione col creditore o col debitore. Potranno costoro, trovandosi a fronte d'altri creditori dell'usufruttuario, far valere ugualmente il diritto di prelevare dai frutti dei beni usufruiti quanto sia necessario per soddisfare a ciò che è loro dovuto? Potrebbesi dubitarne, e a primo aspetto s'inclinerebbe anzi alla risoluzione negativa; perchè — potrebbe dirsi — il debito che costituiva un onere reale dell'usufrutto è stato estinto, e lo scopo per cui la legge stabiliva tale realità è già esaurito, essendosi provveduto ai bisogni del figlio, o alla liberazione di lui dal debito delle annualità o degl'interessi; il nuovo credito, che è sorto a favore del

---

(1) V. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n. 218; Demolombe, t. VI, n. 550, 3°.

terzo, non può partecipare di quel carattere reale, che era proprio soltanto del credito anteriore, a cui si è sostituito; nè può addursi in favore del nuovo creditore l'effetto della surrogazione, perchè se questa ha virtù di trasferire al nuovo creditore gli stessi mezzi di assicurazione, le guarentie di privilegio, d'ipoteca, od altre che stavano pel credito antico, ciò non può avere alcuna applicazione qui, dove non si tratta veramente d'un mezzo di guarentia, ma d'un carattere speciale ch'era proprio del debito rimasto estinto.

Pensiamo tuttavia che ragioni assai migliori possano addursi in senso opposto.

Parlando prima dell'estraneo, che abbia del proprio sostenute le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, par chiaro ch'egli non abbisogni di surrogazione alcuna nei diritti del figlio medesimo, per far valere la inerenza del proprio credito all'usufrutto legale. Non è solo il diritto del figlio ad ottenere ciò che è necessario pel suo mantenimento, per la sua educazione ed istruzione, ma sono *le spese* per tali oggetti, che la legge qualifica come *oneri inerenti all'usufrutto*. Chiunque pertanto abbia credito per queste spese ha qualità per valersi di tale prerogativa del credito suo; e per esigere quindi che quanto gli è dovuto sia prelevato dai frutti dei beni del figlio, ad esclusione degli altri creditori del genitore usufruttuario.

Pel caso poi di chi abbia pagato le annualità o gl'interessi dei capitali, od abbia somministrato il denaro necessario, riportando surrogazione convenzionale, sentiamo tutta la forza dell'argomento che si trae dal considerare come la realità dell'onere di tali debiti per parte dell'usufruttuario non costituisca veramente un mezzo di assicurazione, ma una qualità intrinseca del debito che il terzo ha estinto, e a cui ne ha sostituito uno nuovo in proprio favore. Riconosciamo anzi che quell'argomento potrebbe forse reputarsi invincibile nell'opinione di quei giureconsulti i quali sostengono che la surrogazione trasferisca al creditore surrogato *le sole guarentie* che assicuravano il

credito primitivo, non il credito stesso, che rimane estinto. Ma crediamo preferibile la teoria opposta; secondo la quale, conformandosi ai termini stessi usati dalla legge, e appoggiandosi inoltre a gravi considerazioni, che qui non sarebbe luogo di esporre, si ritiene che il surrogato subentri non solo nelle ragioni accessorie di guarentia, ma *nello stesso credito primitivo*, il quale, sebbene di fatto sia stato estinto, pure *per una finzione di legge* si reputa conservato e trasmesso in tutta la sua efficacia, colle sue stesse qualità originarie, e coi medesimi accessorii di guarentia, al surrogato. Posta la qual massima, è chiaro che chi abbia ottenuta surrogazione convenzionale nel credito di annualità od interessi, che stavano a carico del patrimonio del figlio minore e dovevano esser pagati dal genitore usufruttuario, potrà invocare per tutti gli effetti di diritto quella stessa realità d'onere che costituiva una qualità caratteristica del credito trasmessogli mediante la surrogazione, e potrà giovarsene a fronte degli altri creditori del genitore, per ottenere che ad esclusione di essi l'ammontare dell'aver suo sia prelevato dai frutti dei beni del figlio.

285. È opinione professata da un recente ed illustre scrittore, contro quella del *Proudhon*, che il genitore usufruttuario non sia tenuto degli oneri impostigli dall'articolo 385 del codice Francese — corrispondente al 230 del codice nostro — che “ *fino a concorrenza del valore dei beni* “ *soggetti ad usufrutto* „ o a dire più esattamente, fino a concorrenza dell'ammontare delle rendite percette su quei beni (1).

Dopo la lunga discussione fatta nel numero precedente, non abbiam bisogno di ripetere le ragioni per le quali reputiamo ancora preferibile la teoria insegnata dal *Proudhon*.

Si obbietta che “ è una conseguenza della realità degli “ oneri il non esserne tenuto il possessore che fino a con-

(1) V. Laurent, t. IV, n. 334, pag. 440.

" correnza del valore dei beni che ne sono colpiti, perchè " non è egli che li debba, ma li deve la cosa „. Ciò sta bene per quegli oneri che sono *reali* nel più stretto rigore della parola, non solo pel loro fondamento, ma eziandio per tutti i loro effetti, di guisa che chi è tenuto di quegli oneri, siccome possessore dei beni a cui sono inerenti, non assume mai in conseguenza degli oneri stessi nessuna obbligazione personale. Ma trattandosi di oneri reali imposti dalla legge, nulla vieta che la legge stessa stabilisca in date circostanze a carico del possessore anche un'obbligazione personale di soddisfare agli oneri inerenti ai beni posseduti.

Certamente non cessa per questo il carattere di realità di quegli oneri; l'usufruttuario legale, nel caso nostro, non vi è soggetto se non in quanto goda effettivamente dell'usufrutto; epperò rinunziandovi egli può sempre liberarsi pel futuro da tali oneri. Ma mentre insiste nell'esercizio dell'usufrutto, e si assoggetta con ciò agli obblighi che vi sono inerenti, non è strano, nè contraddittorio ai principii, che man mano che questi obblighi si verificano non colpiscano soltanto i beni soggetti all'usufrutto, ma vincolino anche personalmente l'usufruttuario, sotto la guarentìa dei beni suoi patrimoniali, sicchè egli possa esser tenuto anche *ultra vires emolumenti*. E la intenzione del legislatore d'imporre all'usufruttuario legale l'obbligazione personale per l'adempimento degli oneri inerenti all'usufrutto, man mano che tali obblighi si verifichino, ci è sembrata risultare abbastanza anche dal testo. È vero che nell'art. 230 non si è fatto che dichiarare esser *pesi inerenti all'usufrutto le spese di mantenimento, il pagamento delle annualità e degl'interessi, gli altri obblighi degli usufruttuari.* Ma quanto a questi ultimi la legge stessa richiama espressamente alle regole generali dell'usufrutto: ed è chiaro dovervisi pure riferire quanto al pagamento delle annualità e degl'interessi dei capitali, poichè il n. 2 dell'art. 230 non è altro, come abbiam veduto, che un'applicazione della

massima generale dell'art. 509. Ora per rispetto all'usufrutto ordinario la legge dichiara *tenuto l'usufruttuario* alle riparazioni ordinarie, a tutti i carichi annuali del fondo, al pagamento di tutte le annualità e degli interessi di tutti i debiti e legati; espressione che certamente accenna ad una vera obbligazione personale dell'usufruttuario, piuttostochè ad un onere puramente reale dell'usufrutto; l'onere reale è la causa, ma finchè esso esiste, ne è effetto l'obbligazione anche personale dell'usufruttuario per quei carichi che durante l'usufrutto stesso siansi verificati.

Si aggiunge che " coll'accettare l'usufrutto deferitogli " dalla legge il genitore non contrae obbligazioni personali; " si assoggetta ad essere debitore, ma solo in ragione del " diritto reale ch'egli acquista sui beni del figlio; e che " perciò i creditori possono bensì perseguirlo, ma unica- " mente come usufruttuario, tenuto d'un onere per sola " ragione dei beni da lui posseduti, e quindi a concorrenza " del valore di questi beni, e non oltre „.

Non è questa in fondo che una forma diversa della stessa obbiezione già esaminata: e ritornano quindi le medesime risposte. È verissimo che per la sola accettazione dell'usufrutto il genitore non assume alcuna obbligazione personale; e per ciò appunto, anche dopo averlo accettato, egli può sempre, rinunziandovi, impedire che sorgano a carico suo nuovi oneri; ma quelli che siansi già verificati prima d'ogni rinunzia, per esempio, le riparazioni ordinarie che già siansi rese necessarie, le annualità o gli interessi già scaduti dei capitali, sono divenute obbligazioni sue personali, che quindi aggravano non le sole rendite dell'usufrutto, come oneri reali di esso, ma i beni stessi patrimoniali dell'usufruttuario.

286. In ciò che abbiam detto nei due numeri precedenti si contiene pure la risoluzione dell'altro quesito, gravemente controverso: se l'usufruttuario rinunziando all'usufrutto, dopo averne per qualche tempo goduto, si

liberi soltanto da quelli degli oneri contemplati nell'articolo 230, che fossero per verificarsi in futuro, o si liberi anche retroattivamente da quelli già verificati.

Secondo i principii che siam venuti svolgendo, noi dobbiamo attenerci alla prima opinione, che d'altronde è abbracciata dal maggior numero degli autori (1). Essa però è contraddetta da altri, i quali pensano che l'usufruttuario possa liberarsi anche retroattivamente degli oneri che in tale qualità avrebbe dovuto soddisfare, a condizione che nel rinunziare all'usufrutto renda anche conto di tutti i frutti percetti e li restituisca (2). I primi opinanti avevano per verità offerto agli avversari un lato debole nell'argomentazione, fondandosi nel considerare che il genitore, accettando l'usufrutto, avesse assunto per *quasi-contratto* come obbligazioni personali proprie gli oneri inerenti all'usufrutto medesimo. Vedemmo come l'idea di quasi-contratto sia qui inaccettabile; epperò si rese agevole agli opinanti in contrario il combattere su questo terreno.

Tuttavia rimane sempre il concetto fondamentale, che ripetutamente accennammo. La legge, essa sola è causa degli obblighi che impone al genitore nel deferirgli l'usufrutto dei beni del figlio. Questi obblighi nel loro principio, nel loro fondamento non sono che oneri reali inerenti all'usufrutto: epperò rinunziando a questo il genitore distrugge la causa da cui tali obblighi possono derivargli, ed impedisce quindi che si verifichino a carico suo in avvenire. Ma ogni volta che gli obblighi predetti si siano verificati, che, per esempio, le riparazioni ordinarie siano divenute necessarie pei beni usufruiti, che le annualità o gli interessi dei capitali siano scaduti, diventano per l'usufruttuario, in virtù della legge stessa, obbligazioni anche

---

(1) V. PROUDHON, *De l'usufruit*, t. I, n. 216-224; DURANTON, t. III, n. 403; DEMOLOMBE, t. VI, n. 590, MARCADÉ, art. 607, § III, t. II, n. 519.

(2) V. AUBRY et RAU sur ZACHARIAE, t. IV, § 550 *bis*, n. 22; LAURENT, t. IV, n. 339, pag. 447; t. VI, n. 547, pag. 684; t. VII, n. 77, pag. 96.

personali, che vincolano la persona dell'usufruttuario e con essa i suoi beni tutti. Non è dunque più possibile allora liberarsi da tali obbligazioni col rinunziare all'usufrutto anche pel passato e col restituire i frutti percetti, perchè non si tratta più di semplici oneri reali, dai quali sia lecito svincolarsi mediante il solo abbandono della cosa per ragion della quale esistono.

Il *Demolombe* ha preso una via diversa: ha osservato che la *rinunzia* non potrà mai paragonarsi ad una *risoluzione* del diritto d'usufrutto legale; e ne ha dedotto che l'usufrutto avendo esistito fino al giorno della rinunzia, ha dovuto produrre l'effetto di quegli oneri reali che durante quel tempo si sono verificati; e come non si può fare che l'usufrutto non abbia esistito prima della rinunzia, così non si possono cancellare quegli obblighi che ne furono conseguenza. Sembra però che la risposta, per quanto ingegnosa, non distrugga l'obbiezione: la quale riposa su ciò che gli obblighi imposti dalla legge all'usufruttuario non sarebbero che oneri reali *inerenti ai frutti*, di cui egli gode; ond'è che restituendo i frutti distruggerebbe anche pel passato ogni fondamento legale degli oneri stessi. Certo è che fino a quando si considerino gli obblighi dell'usufruttuario come oneri prettamente ed esclusivamente reali, non solo pel loro fondamento, ma per tutti i loro effetti, l'opinione avversaria è posta sopra una base che è assai difficile scuotere. Ma se s'insinua il concetto, del quale crediamo d'aver dimostrata la verità, che verificati gli oneri inerenti all'usufrutto, secondo l'articolo 230, ne nascano a carico dell'usufruttuario delle obbligazioni anche personali, si assicura la prevalenza della massima più generalmente accettata, che l'usufruttuario rinunziando all'usufrutto dopo averne goduto, si esima bensì da ogni carico futuro dell'usufrutto medesimo, ma non possa liberarsi retroattivamente da quelli che siansi già verificati.

E) *Delle cause di estinzione dell'usufrutto legale.*

287. Le cause che producono estinzione del diritto d'usufrutto legale sono distinte da qualche autore in *generali e speciali;* le prime comuni a qualunque usufrutto, le altre particolari per l'usufrutto legale dipendente dalla patria potestà. — Tuttavia non è difficile il riconoscere che le cause di estinzione stabilite dalla legge per l'usufrutto ordinario (art. 515, 516 cod. civ.) non possono avere alcuna applicabilità all'usufrutto che la legge attribuisce al genitore sui beni del figlio; e quelle ancora di esse, che pur sono applicabili in questa speciale materia, lo sono sott'altri aspetti, e vanno soggette poi a norme speciali e tutt'affatto diverse da quelle dell'usufrutto generale.

L'art. 515, parlando dello *spirare del tempo per cui fu stabilito l'usufrutto*, si riferisce evidentemente a quello che sia costituito per volontà dell'uomo con determinazione di tempo. Anche l'usufrutto legale ha veramente un termine

prefisso dalla legge medesima, ma esso si misura normalmente dalla durata della patria potestà, di cui l'usufrutto predetto non è che uno degli attributi.

La *consolidazione*, generalmente, non diverrà causa di estinzione dell'usufrutto legale, perchè — come abbiamo notato altrove — essendo vietato al genitore di comprare nemmeno all'asta pubblica i beni del figlio soggetto alla sua potestà (art. 1457 cod. civ.), gli è preclusa questa via, che sarebbe la più facile, per la quale egli potesse giungere a riunire in sè la qualità di usufruttuario e di proprietario.

Il *non uso per lo spazio di trent'anni* è impossibile a verificarsi in questo caso, in cui si tratta d'un usufrutto che non può durar mai oltre la maggiorità del figlio.

Il perimento della cosa, sulla quale fu stabilito l'usufrutto, suppone che ne formi oggetto particolare un determinato bene, mentre qui si tratta — come abbiam dimostrato — d'un usufrutto che ha carattere di diritto universale; e il perimento di determinati beni, che vi siano compresi, estinguerà bensì necessariamente ogni diritto del genitore rispetto alle cose perite, ma non potrà dirsi che estingua veramente il diritto d'usufrutto legale, che rimarrà sui beni ancora esistenti; e quand'anche non ne restasse attualmente alcun altro nel patrimonio del figlio, continuerà tuttavia a sussistere giuridicamente in astratto, e come attributo della patria potestà, il diritto d'usufrutto legale, per colpire immediatamente i nuovi beni che potessero in futuro cadere in proprietà del figlio, e fossero in quelle categorie che la legge assoggetta all'usufrutto medesimo.

Tra le cause per cui finisce l'usufrutto ordinario non potrebbero dunque considerarsi come applicabili anche all'usufrutto legale che la *morte dell'usufruttuario, la rinunzia e l'abuso*. E tuttavia anche rispetto alla prima si potrebbe notare una differenza rilevante nei motivi che giustificano la limitazione dell'usufrutto alla durata della vita dell'usufruttuario. Nell'usufrutto ordinario ciò si è stabilito affinchè il diritto di godimento non potesse rimanere per troppo

lungo tempo separato dalla proprietà, assorbendone così quasi tutta l'utilità, la quale non è rappresentata da altro che dall'aspettativa della riunione del godimento alla nuda proprietà. Ora questa considerazione non poteva valere per l'usufrutto legale, limitato com'è in ogni caso dalla maggiorità o dalla emancipazione del figlio; e il motivo per cui nondimeno è anch'esso intrasmissibile agli eredi dell'usufruttuario consiste unicamente nella personalità caratteristica di questo diritto, siccome attributo della patria potestà, sicchè deve necessariamente cessare quando questa finisca colla vita del genitore.

La *rinunzia* poi all'usufrutto legale è bensì ammissibile, secondo la massima generalmente accettata; ma — se non errammo nell'opinione nostra, di cui dimostrammo altrove le ragioni — non si farebbe luogo, come nell'usufrutto ordinario avente per oggetto particolare determinati beni, a spogliarsi assolutamente e completamente del proprio diritto; perchè si potrebbe bensì rinunziare al godimento di determinati beni del figlio, ma non privarsi in genere del diritto d'usufrutto, anche pei beni che in futuro potessero cadere sotto di esso (1).

Da ultimo, quanto all'abuso, esso è bensì ammesso come causa di cessazione anche dell'usufrutto legale, ma in virtù di una speciale disposizione, che è quella dell'articolo 233; per la cui applicazione non sono — come vedremo più oltre — perfettamente identiche le norme dettate dal predetto articolo, rispetto a quelle che furono stabilite per l'usufrutto ordinario nell'art. 516.

Da tutto questo ci crediam dunque autorizzati a conchiudere, non essere esatto il concetto espresso da alcuni, che generalmente siano comuni anche all'usufrutto legale le cause di cessazione dell'usufrutto ordinario, e doversi invece seguire in tale rapporto norme tutt'affatto distinte e diverse.

---

(1) V. sopra, n. 249, pag. 655.

Non intendiamo con ciò di respingere la distinzione tra le cause generali e le speciali di estinzione dell'usufrutto legale; pensiamo solo che alle prime debba assegnarsi una base diversa, riguardando, cioè, come generali quelle cause, le quali, producendo la cessazione della patria potestà, traggono seco conseguentemente anche quella dell'usufrutto legale; che, essendo semplicemente un attributo della patria potestà medesima, non può sussistere oltre la durata di essa.

Sotto tale aspetto classifichiamo tra le *cause generali* di estinzione dell'usufrutto legale: 1° la maggiorità del figlio; 2° l'emancipazione di lui; 3° la morte del figlio medesimo; 4° la morte del genitore; 5° le condanne penali che abbian tolta a quest'ultimo la patria potestà; e tra le *cause speciali:* 6° il passaggio del genitore usufruttuario ad altre nozze; 7° la rinunzia all'usufrutto; 8° l'abuso nell'esercizio della patria potestà.

Ancora è da notarsi un'altra distinzione, la quale può verificarsi sì nell'una che nell'altra delle categorie ora cennate: che, cioè, alcune di quelle cause producono *l'estinzione assoluta* dell'usufrutto legale, mentre in altre essa è, od almeno può essere, soltanto *relativa*, lasciando luogo al passaggio del diritto d'usufrutto all'altro genitore. Perciò come cause di estinzione *assoluta* dell'usufrutto legale sono da considerarsi la maggiorità, l'emancipazione, la morte del figlio e il passaggio del genitore a nuove nozze; come cause di estinzione *relativa*, la morte del genitore, la condanna di lui a pene che importino privazione della patria potestà, la rinunzia e l'abuso.

Abbiam detto che le cause tutte, per le quali finisce la patria potestà, producono anche necessariamente l'estinzione dell'usufrutto legale; la producono assolutamente se il figlio stesso rimanga sciolto dalla patria potestà; *relativamente* soltanto, se invece questi vi rimanga soggetto, non cessando la patria potestà che nel padre e trasferendosene l'esercizio alla madre. Intorno a ciò, per altro, è necessario

fare un'avvertenza, riferendosi alla massima, della quale demmo altrove la spiegazione e dimostrammo alcune particolari applicazioni, che, cioè, l'usufrutto legale non dipende assolutamente dall'esercizio, ma solo dal godimento del diritto di patria potestà (1). Se dunque la patria potestà cessa assolutamente per la morte del figlio, o per la maggiorità o l'emancipazione di lui, o perchè si apre per una delle cause legali lo stato di tutela, si estingue pure altrettanto assolutamente l'usufrutto sui beni del figlio stesso. Se per una delle cause ammesse dalla legge cessa la patria potestà nel padre, o se egli rimane anche solo privato per qualunque causa temporanea dell'esercizio di tale potestà, subentrando però in questo esercizio la madre, si ha pure una estinzione dell'usufrutto, ma solo relativamente al padre. E lo stesso avviene quando anche a questo non sia tolto nè il godimento nè l'esercizio degli attributi in genere della patria potestà, ma solo, *per cause a lui personali, sia escluso dall'usufrutto* (art. 231, § 2, cod. civ.). Ma qualora quello dei genitori, nel quale solo siasi concentrato il godimento del diritto di patria potestà — essendo l'altro premorto, o dichiarato assente, o condannato a pena che importi la privazione di tale diritto — non possa però esercitarlo o per assenza presunta, o per interdizione giudiziale, o per altro ostacolo di fatto o di diritto, nondimeno non sarà estinto in lui il diritto d'usufrutto legale, ch'egli continuerà a godere effettivamente non ostante che non eserciti la patria potestà.

Premesse, come importava di fare, queste idee fondamentali, esaminiamo ora partitamente, e secondo l'ordine già accennato, le diverse cause che possono produrre la estinzione dell'usufrutto legale.

288. (*a*). L'usufrutto legale dura normalmente *fino a che il figlio abbia raggiunta l'età maggiore* (art. 228 codice

---

(1) V. sopra, n. 253-255, pag. 670 e seguenti.

civile). È la massima più naturale; dappoichè questo diritto emana dalla patria potestà, e ne è un attributo; e la patria potestà non cessa ordinariamente che alla maggiore età del figlio. Così disponevano anche il codice Parmense (art. 100) e l'Estense (art. 139); senonchè l'applicazione di tale massima portava in quest'ultimo la durata regolare dell'usufrutto legale sino a 25 anni, mentre nel Parmense era a 21 anni, come nel codice attuale.

Il codice Francese aveva invece stabilito che l'usufrutto legale non continuasse per tutta la minorità del figlio, ma dovesse cessare quand'egli avesse compiti 18 anni. Della quale disposizione si assegnavano due motivi: il pericolo che per conservare il godimento dei beni del figlio, il genitore si rifiutasse di emanciparlo o di consentire al suo matrimonio; e la convenienza di preparare coi risparmi, negli ultimi tre anni d'età minorile, uno stato migliore al figlio. Il primo di questi motivi era ingiustamente ingiurioso ai genitori; il secondo non era fondato, non essendovi alcuna ragione per aggiungere alla totalità delle rendite, di cui il figlio cominciava a godere dal giorno della sua maggiore età, quelle d'anni precedenti, da accumularsi a vantaggio di lui. La dottrina esprimeva il voto di una riforma in questa parte (1).

Il codice pel regno delle Due Sicilie avea seguìto lo esempio del Francese quanto al padre; ma in caso di premorienza di lui, riducendo l'usufrutto a metà soltanto in favore della madre, lo faceva però durare sino alla maggiore età del figlio, salvochè fosse emancipato (art. 298).

Il codice Albertino invece stabiliva la durata normale dell'usufrutto paterno fino a che il figlio *fosse giunto alla età di anni trenta compiti* (art. 224).

Il ministro *Pisanelli*, nella relazione colla quale presentò al Senato il progetto di codice, notò, tra le altre innovazioni proposte, questa, che consisteva: " nella continua-

---

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, § 550 *bis*, n. 26; Laurent, t. IV, n. 335.

" zione e limitazione dell'usufrutto sino alla maggiore età
" dei figli; mentre alcuni codici lo fanno cessare allorchè
" il figlio abbia raggiunto l'età di diciott'anni, ed altri lo
" ammettono sino a che il figlio non abbia compiuti gli
" anni venticinque o trenta, qualora esso non contragga
" prima matrimonio.

" Per far cessare l'usufrutto dei genitori quando il figlio
" compia i diciott'anni si osserva, che per tal modo si
" toglie ai genitori ogni pretesto di opporsi al matrimonio
" od all'emancipazione della prole, i quali fatti hanno per
" conseguenza naturale la cessazione dell'usufrutto.

" Questa ragione non parve sufficiente per togliere ai
" genitori l'usufrutto prima della maggiore età dei figli.
" Sembrò essere un'offesa all'affetto dei genitori, troppo
" contraria alla fiducia che la legge deve riporre e ripone
" in essi, il supporre in via di principio generale che i
" medesimi vogliano postergare l'avvenire dei loro figli ad
" un lucro di due o tre anni di usufrutto; inoltre, la figlia
" può contrarre matrimonio a quindici anni, e per essere
" logici bisognerebbe far cessare l'usufrutto sui beni di
" essa a tale età. Ma allora la condizione dei figli e delle
" figlie non sarebbe più eguale rispetto ai genitori.

" Non si potrebbe poi far continuare l'usufrutto legale
" oltre la maggior età del figlio, o dopo il matrimonio o
" l'emancipazione del medesimo, senza contraddire ai
" principii che informano il progetto „ (1).

Nel progetto concordato tra la Commissione del Senato
e il ministro " fu ammessa senza difficoltà questa innova-
" zione, siccome conforme del tutto alla ragione dell'usu-
" frutto di cui si tratta: essendo considerato quale un
" compenso alle cure dei genitori verso la prole, è giusto
" che duri quanto quella età che di tali cure abbisogna „ (2).

---

(1) V. Relazione ministeriale, pag. 21-22.
(2) V. Relazione Vigliani, pag. 73-74.

Tali furono le ragioni della massima accolta nel nostro codice, e non si può a meno di riconoscerle ottime.

Il *Pacifici-Mazzoni* osserva che la maggior età del figlio fa cessare l'usufrutto legale " non ostante che chi eserci-" tava la patria potestà sia stato nominato tutore del figlio " maggiore, che venga interdetto „ (art. 228, 324 e 330).

Potrebbesi aggiungere anzi, che quando pure il figlio venisse interdetto prima ancora di uscire dalla minore età, secondo l'art. 325, l'usufrutto legale cesserebbe tuttavia al giungere dell'età maggiore. Nondimeno è superfluo il dirlo; poichè il figlio maggiorenne non può essere che in istato di tutela per interdizione, e la tutela non attribuisce certamente al tutore, quale ch'esso sia, un diritto d'usufrutto legale sui beni dell'amministrato.

289. (*b*). L'emancipazione libera il figlio dalla patria potestà (art. 220, § 2, cod. civ.), gli conferisce la capacità di fare da sè solo tutti gli atti che stiano entro i limiti della semplice amministrazione (art. 317 cod. civ.), e per quelli ancora che li eccedano lo abilita ad agire personalmente, salvo il bisogno dell'assistenza e del consenso del curatore, e, per alcuni atti più importanti, dell'autorizzazione anche del consiglio di famiglia, e dell'omologazione del tribunale, secondo i casi (articoli 318, 319 codice civile).

È dunque naturale che questa causa, da cui deriva la cessazione della patria potestà, produca eziandio l'estinzione dell'usufrutto legale, che non n'è che un attributo, come appunto dichiara espressamente l'art. 228.

E poichè questo articolo parla in genere di *emancipazione*, comprendendo nella generalità della parola tanto la emancipazione che ha luogo *di diritto* pel matrimonio contratto dal minore (art. 310 cod. civile), quanto quella che si effettua mediante atto formale, a norma dell'articolo 311, e d'altra parte estendendosi sì all'uno che all'altro caso l'accennato motivo per far luogo alla estinzione del-

l'usufrutto legale, non è dubbio che in ambidue parimente essa dovrà verificarsi. Alcuni autori vollero addurre un altro motivo dell'estinzione dell'usufrutto in questi casi, dicendo che il genitore viene a *rinunziarvi tacitamente* con l'atto di emancipazione del figlio o di consenso al matrimonio di lui. Ma questo ci sembra un errore, che, per le gravi conseguenze, le quali, come vedremo, possono derivarne, importa grandemente di rettificare. Che il genitore, il quale esercita la patria potèstà, e conseguentemente lo usufrutto legale, coll'emancipare il figlio o col consentire al matrimonio di lui, venga implicitamente a concorrere colla propria volontà all'estinzione dell'usufrutto, che deriverà necessariamente dall'emancipazione espressa o legale, è cosa che certo non può negarsi. Ma la causa dell'estinzione dell'usufrutto risiede sempre ed unicamente nella cessazione stessa della patria potestà, non nella volontà del genitore. La quale infatti non potrebbe neppure, secondo l'opinione nostra, bastare a ciò; poichè dimostrammo che la rinunzia all'usufrutto legale non è ammissibile se non *relativamente a beni determinati*, e qui tratterebbesi invece di una *rinuncia tacita* che abbraccierebbe assolutamente e generalmente tutti i beni del figlio soggetti allo usufrutto legale; e non solo quelli che attualmente fossero nel patrimonio di lui, ma quelli eziandio che in futuro ed a titolo lucrativo potessero pervenirgli durante la minore età (1). A parte anche ciò, è facile scorgere che se la volontà del genitore, il quale emancipa il figlio o acconsente al matrimonio di lui, concorre all'estinzione, che ne deriva in danno suo, dell'usufrutto legale, non può per altro considerarsene come vera causa efficiente; dappoichè anche senza la volontà del genitore, che esercita l'usufrutto legale, può, in taluni casi, avvenire ch'egli ne sia privato in conseguenza dell'emancipazione. Ciò è evidentissimo per noi, in forza della disposizione dell'articolo 231, § 2, che

(1) V. sopra, n. 249, pag. 650-656.

devolve l'usufrutto alla madre quando il padre ne sia escluso per cause a lui personali, non ostante che egli continui nell'esercizio della patria potestà, mentre pure al solo genitore che esercita la patria potestà appartiene, secondo l'art. 311, il potere di emancipare il figlio. Così quando il figlio abbia beni pervenutigli per una successione dalla quale il padre sia stato escluso per indegnità (art. 728, 766 cod. civ.) o quando il padre sia stato privato dell'usufrutto legale per applicazione dell'art. 233, la madre godrà, in virtù dell'art. 231, § 2, dell'usufrutto predetto; ma se il padre, che continua ad esercitare la patria potestà, usando del potere concessogli dall'art. 311, emancipi il figlio, la madre rimarrà con ciò privata dell'usufrutto, sebbene la volontà di lei non abbia per nulla concorso a tale risultato.

Inoltre possono esservi altri casi, in cui senza il consenso suo, neppure implicito, rimanga privo dell'usufrutto legale il genitore che dovrebbe goderne. Così avverrà quando, essendo il padre assente o interdetto, la madre, che esercita in luogo di lui la patria potestà, emancipi il figlio che abbia compiuti i 18 anni; poichè, anche cessata l'assenza, o prosciolto dalla interdizione, il padre rimarrà privato definitivamente dell'usufrutto legale, sebbene egli non vi abbia neppur tacitamente acconsentito. Così pure se per le cause stesse previste negli art. 233, 728 e 766 l'usufrutto dei beni del figlio tolto al padre sia passato alla madre, secondo il disposto dell'art. 231, § 2, e il figlio abbia contratto matrimonio col consenso del padre dissentendo la madre (art. 63, § 1, cod. civ.), la emancipazione legale, che il figlio otterrà secondo l'art. 310, estinguerà l'usufrutto in danno della madre stessa, non ostante l'esplicito suo dissenso. Dopo ciò com'è possibile ammettere che l'estinzione dell'usufrutto legale per causa di emancipazione del figlio si fondi su consenso, almeno tacito, del genitore che godeva l'usufrutto medesimo? Concludiamo dunque che la vera causa di tale estinzione consiste unicamente

nella cessazione della patria potestà, del quale principio vedremo nel numero seguente un'importante conseguenza.

290. La revocabilità della emancipazione formale (art. 321 cod. civ.) ha dato luogo ad una questione gravemente dibattuta tra gli autori.

Pensano alcuni che quand'anche per la incapacità nell'amministrare, addimostrata dagli atti dell'emancipato, sia egli *fatto rientrare sotto la patria potestà*, non possa tuttavia il genitore riprendere l'usufrutto, di cui per la emancipazione medesima fu privato. In appoggio della qual massima si adducono le seguenti considerazioni: il consenso prestato dal genitore all'emancipazione del figlio espressamente, o tacitamente nel caso di matrimonio, valere per parte del genitore stesso rinunzia tacita all'usufrutto; il benefizio di questa rinunzia, una volta acquisito al figlio, non potergli essere ritolto per sola volontà del genitore, rivocando l'emancipazione; d'altronde la legge, di cui sola è una creazione l'usufrutto legale, averlo dichiarato assolutamente estinto in conseguenza dell'emancipazione, ed esser quindi arbitrario il farlo rinascere per la rivocazione di essa, mentre la legge non ha fatta intorno a ciò nessuna dichiarazione; farsi luogo a revocare l'emancipazione unicamente nell'interesse stesso del figlio, per impedirgli di compiere la propria rovina continuando in un'amministrazione di cui si è dimostrato incapace, epperò non potersi rivolgere le conseguenze di tale atto a profitto del genitore e in danno del figlio medesimo (1).

Altri però professano la massima opposta (2); e crediamo che le ragioni da cui è confortata siano preponderanti assai, più specialmente avendo riguardo a qualche

(1) V. Toullier, t. II, n. 1303; Duranton, t. III, n. 396; Marcadé, art. 387, § VII, t. II, n. 169, 9°.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 131, n. 12; Proudhon et Valette, t. II, chap. XV, sect. VI in fine, nota (*a*); Demolombe, t. VI, n. 555; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 30; Laurent, t. IV, n. 336.

differenza che si riscontra nella legislazione nostra in confronto della francese, come ora diremo; e infatti gli scrittori nostri si trovano concordi in quest'ultima opinione (1).

La prima e la principale delle obbiezioni, che abbiamo riferite, è già combattuta dalla dimostrazione che abbiam fatta in fine del numero precedente. Non è esatto che la estinzione dell'usufrutto, nei casi di emancipazione espressa o tacita, dipenda da rinunzia per parte del genitore: la causa vera di tale estinzione consiste unicamente nella cessazione della patria potestà. Epperò quando il figlio *rientri sotto la patria potestà*, per essere rivocata l'emancipazione a norma dell'art. 321, è conseguente che debba rivivere anche l'usufrutto legale, siccome effetto e attributo della patria potestà stessa. Il codice Francese poteva lasciare qualche incertezza, perchè diceva che rivocata l'emancipazione *il minore rientrava sotto tutela;* ma il nostro, colla espressione chiara ed assoluta che adopera, non lascia più alcun dubbio sul ristabilimento completo per l'avvenire del medesimo stato di cose che esisteva prima dell'emancipazione rivocata.

La seconda obbiezione non mancava di certa gravità nella legislazione francese: perchè la rivocazione potendo farsi per sola volontà dell'emancipante stesso, mediante una semplice dichiarazione dinanzi al giudice, senz'alcuna condizione nè guarentia per l'interesse del figlio (art. 485 codice Francese), appariva contrario ai principii che il genitore, il quale coll'emancipazione erasi spogliato dell'usufrutto legale a favore del figlio, potesse poi a proprio arbitrio ritorglielo. Ma anche in ciò abbiamo nel codice Italiano una innovazione importante: perchè l'emancipazione non può essere revocata se non *per deliberazione del consiglio di famiglia* (art. 321 cod. civ.). Anche questo argomento vien dunque a mancare affatto nella legislazione nostra.

Ma l'usufrutto legale — si obbietta ancora — è una

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 557, pag. 387; Borsari, *Comm.*, art. 232, § 543; II, pag. 853; Buniva, op. cit,. pag. 183.

creazione della legge, epperò quando questa lo ha dichiarato estinto, non può esser lecito farlo rivivere se non appoggiandosi anche in ciò ad un testo legislativo. Il principio è irrecusabile. Ma è poi giusto il dire che la legge non abbia disposto abbastanza per la riattivazione dell'usufrutto legale, in caso che sia revocata l'emancipazione? Non ha forse detto nell'art. 321 che in tal caso il figlio *rientrerà sotto la patria potestà?* E non avendo fatta alcuna limitazione per riguardo agli attributi di essa, non è dunque da conchiuderne che tutti indistintamente debbano risorgere, come se l'emancipazione non fosse avvenuta, comprendendovi perciò anche l'usufrutto legale?

Si argomenta, da ultimo, dall'essere introdotta pel solo interesse del figlio la rivocabilità dell'emancipazione, e se ne deduce essere incongruo che la rivocazione venga invece rivolta, quanto all'usufrutto legale, in vantaggio del genitore e a danno del figlio. Ma anche in ciò la saldezza dell'argomento è più apparente che reale. Certo è che lo scopo per cui si ammette potersi rivocare l'emancipazione non è nell'interesse del genitore, ma del figlio; ma se per tale scopo appunto il consiglio di famiglia reputa opportuno di deliberare che il figlio *rientri sotto la patria potestà*, non v'è nulla d'innaturale nè d'incongruo nel riattivarsi della patria potestà in tutti i suoi attributi, compreso anche l'usufrutto legale; è anzi naturalissimo e coerente. Vero è che da ciò risulterà un vantaggio pel genitore; ma sarà una conseguenza derivante per natura delle cose da ciò che si è dovuto fare per l'interesse del figlio, e che ripristina a carico del genitore quegli obblighi e quelle cure, di cui l'usufrutto legale è stato considerato come un compenso.

Ben s'intende, del resto, che la riattivazione dell'usufrutto non può essere retroattiva nei suoi effetti; e i frutti scaduti o percetti nell'intervallo tra l'atto di emancipazione e la rivocazione di essa rimarranno irrevocabilmente acquistati dal figlio. In ciò tutti sono d'accordo; nè lascia luogo a dubitarne il testo stesso dell'art. 321, § 3, secondo cui

" è solo *dal giorno della rivocazione dell'emancipazione* che " il minore rientra sotto la patria potestà per rimanervi " sino alla maggiore età compita „.

291. (*c*). Nell'articolo 232 è dichiarato che " l'usu-" frutto legale cessa colla morte del figlio . . . . „.

Il codice Francese non aveva in proposito una disposizione espressa. Nondimeno la dottrina era d'accordo nel ritenere la stessa massima, e nel pensare che non fosse stata proclamata nel testo, solo perchè ciò non era necessario. E infatti quella massima dovevasi dedurre senz'altro dal principio che il diritto d'usufrutto legale non essendo che un attributo della patria potestà, non può durare più di questa.

Nondimeno non sarebbe stato impossibile sollevare qualche dubbio, e sostenere che non ostante la morte del figlio l'usufrutto dovesse continuare a favore del genitore fino al giorno in cui il figlio stesso, se fosse sopravvissuto, avrebbe compita la maggiore età: appoggiandosi alle regole generali dell'usufrutto, il quale normalmente si estingue alla morte dell'usufruttuario, non per quella del proprietario. Oltre di che il diritto positivo francese poteva porgere occasione ad altro appiglio; in quanto che quel codice avendo stabilito, come limite normale alla durata dell'usufrutto legale, l'età di 18 anni compiti del figlio, potevasi considerarlo come un usufrutto costituito *a tempo determinato*, e pensare perciò che fosse applicabile la massima, riprodotta anche nell'art. 517 del nostro codice, secondo la quale " l'usufrutto conceduto " sino a che una terza persona sia giunta ad una deter-" minata età, dura fino a tal tempo, ancorchè quella persona " sia morta prima dell'età stabilita „. A ciò fu risposto da qualche autore osservando che il figlio non è una *terza persona*, ma è il proprietario stesso dei beni gravati dall'usufrutto. Ma si potrebbe replicare che il motivo della legge non cangierebbe quand'anche l'usufrutto fosse stato conceduto *fino a che il proprietario fosse giunto ad una deter-*

minata età, il che corrisponderebbe appunto a ciò ch'era stabilito dalla legge francese rispetto all'usufrutto legale.

Vero è però che la legge è diversa; che essa pose come limite normale alla durata dell'usufrutto paterno la *maggiorità e l'emancipazione* del figlio, onde apparisce chiaro essersi voluto che regolarmente tale usufrutto duri quanto la patria potestà, e si estingua quindi col finire di essa; cosicchè non parrebbe potersi pensare che continuasse anche dopo la morte del figlio. Ad ogni modo il nostro legislatore volle togliere in proposito qualunque incertezza, nè vi è ragione di fargliene rimprovero.

292. (*d*). La legge, che ha espressamente annoverata la morte del figlio tra le cause che estinguono l'usufrutto legale, non ha invece parlato della morte del genitore, a cui l'usufrutto medesimo appartenga. Tuttavia non è men certo che questo diritto non potrebbe considerarsi come trasmissibile e faciente parte della eredità del genitore predefunto, fino a che il figlio proprietario non avesse compita la maggiore età o non fosse emancipato. Non essendo altro l'usufrutto legale che un attributo della patria potestà, non ha più ragion d'essere quando questa cessa per la morte della persona alla quale apparteneva. È questa però, come notammo superiormente, la sola ragione che giustifica una tal massima, la quale non potrebb'essere considerata come un'applicazione della regola generale, secondo cui “ l'usufrutto si estingue colla morte dell'usufruttuario „ (articolo 515 cod. civ.); dappoichè qui non sussiste il motivo d'impedire una troppo lunga separazione del diritto di godimento dalla proprietà dei beni, mentre si tratta d'un usufrutto limitato di già ad una breve durata dalla maggiore età o dall'emancipazione del figlio (1).

Ancora dobbiam rammentare che *l'estinzione assoluta* dell'usufrutto legale non può generalmente derivare che

---

(1) V. sopra, n. 287, pag. 801-802.

dalla morte di quello dei genitori che sia stato *ultimo a godere del diritto di patria potestà*. La morte del padre, quando fosse superstite la madre, non produrrebbe che un'*estinzione relativa* dell'usufrutto, il quale passerebbe, insieme coll'esercizio della patria potestà, alla madre medesima. E qualora avvenisse la morte della madre, che avesse esercitato il diritto d'usufrutto insieme alla patria potestà in luogo del padre — il quale, quantunque superstite, nè privato per veruna causa del diritto stesso di patria potestà, non potesse però esercitarla per presunta assenza, o per interdizione, o per altra causa generale e permanente — l'usufrutto legale ritornerebbe al padre, se è vero quanto abbiam ritenuto, che il godimento effettivo dell'usufrutto medesimo dipenda dal solo godimento e non dall'esercizio reale della patria potestà (1). Tuttavia non è escluso che in certi casi particolari la morte del genitore che esercitava l'usufrutto legale possa produrre l'estinzione assoluta di questo, sebbene l'altro genitore superstite continui a godere ed esercitare il diritto di patria potestà per tutti gli altri suoi attributi. Ciò si verificherà quando, a tenore dell'articolo 231, § 2, l'usufrutto legale sia passato alla madre, per esserne il padre stato escluso per cause a lui personali — quali sono l'*indegnità* a succedere, o l'*abuso* — non ostante che il padre stesso continuasse ad esercitare la patria potestà. La morte della madre farebbe allora per certo estinguere assolutamente l'usufrutto, che non potrebbe ritornare al padre, privatone definitivamente dalla legge in conseguenza dell'indegnità di lui (art. 728, § 2, 766 cod. civ.) o dall'autorità giudiziaria in virtù della facoltà conferitale dall'art. 233.

293. (*e*). Più volte abbiamo avuto occasione di parlare di casi nei quali per effetto di condanne penali il geni-

---

(1) V. sopra, n. 253, pag. 670 e seguenti.

tore può incorrere nella perdita della patria potestà; ed è chiaro che ciò produrrà anche per conseguenza l'estinzione dell'usufrutto legale.

Così avverrà in primo luogo, e pel disposto dell'art. 33 cod. pen., quando il genitore sia condannato alla pena dell'ergastolo e quando essendo condannato alla reclusione per un tempo maggiore dei cinque anni si aggiunga a tal pena la privazione della patria potestà, temporaneamente (art. 33 cod. pen., ultimo capov.); così ancora quando sia condannato per prostituzione o corruzione della persona soggetta alla potestà sua (art. 349 cod. pen.). Per quest'ultimo caso disputavasi in diritto francese se la privazione dell'usufrutto legale si dovesse limitare ai soli beni dei figli prostituiti o corrotti, o dovesse estendersi anche a quelli di tutti gli altri figli soggetti alla patria potestà del condannato; e le opinioni erano divise. Ma nella citata disposizione la difficoltà fu sciolta nel primo senso, che era anche il più razionale.

È poi evidente che sì nell'uno come nell'altro caso la condanna subìta dal genitore sarà causa di estinzione assoluta dell'usufrutto legale qualora egli sia stato l'ultimo a godere del diritto di patria potestà; ma se sia condannato il padre, e la madre sia vivente, passerà a lei insieme all'esercizio della patria potestà quello ancora dell'usufrutto legale, la cui estinzione sarà quindi relativa soltanto.

Se si tratti di condanna a pena temporaria, la quale tragga seco soltanto la *interdizione legale* del condannato, che sia il padre, potrà ancora derivarne una *estinzione relativa* dell'usufrutto legale, qualora la madre assuma l'esercizio della patria potestà (1).

294. (*f*). L'art. 232 cod. civ. reca un'altra causa di estinzione dell'usufrutto legale, dicendo che esso “ cessa “ col passaggio del genitore ad altre nozze „.

---

(1) V. sopra, n. 153, p. 329; n. 159, pag. 340; n. 255, pag. 679 e seg.

Il codice Francese (art. 386) stabiliva a carico della madre sola questa causa di decadenza dal diritto d'usufrutto sui beni dei figli; e lo stesso concetto era stato adottato nel codice pel regno delle Due Sicilie (art. 300), nell'Albertino (art. 235) e nell'Estense (art. 130). Fu nel progetto *Pisanelli* che venne introdotta questa innovazione, allegandone il seguente motivo:

" Pensa ognuno che la madre, passando ad altre nozze, " non deve portare nella casa del nuovo marito un usu- " frutto a cui egli sarebbe estraneo; ma anche il padre, " quando introduce sotto il domestico tetto una novella " sposa, che i figli del primo letto chiameranno matrigna, " non può continuare nel godimento dei beni di quelli.

" In ambidue i casi è troppo grave il pericolo che restino " inadempiuti i pesi dell'usufrutto, e siano invece conver- " titi i proventi a vantaggio della nuova famiglia, sulla " quale viene preferibilmente a concentrarsi l'affezione del " binubo. Ove poi voglia tenersi conto di ciò che ordina- " riamente accade, si può affermare essere più sfavorevole " la condizione dei figli che acquistano una matrigna, che " non quella dei figli che a lato della madre trovano un " patrigno; onde la ragione giuridica e l'esperienza consi- " gliano di mantenere fermo il principio d'uguaglianza tra " i genitori nei loro diritti verso la prole „ (1).

La Commissione del Senato non credè di poter ammettere questa proposta. " Essa le parve non solo contraria a " quanto si è finora osservato, ed a quanto concordemente " dispongono tutti i moderni codici, ma anche alla ragione, " poichè sotto l'aspetto di un'apparente uguaglianza di " trattamento dei due genitori, essa nasconde una vera " disuguaglianza.

" La condizione del padre binubo non è affatto uguale " a quella della madre binuba rispetto alla famiglia del " premorto coniuge.

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 22-23.

" Il padre binubo è sempre capo della propria famiglia,
" ritiene sempre presso di sè i figli della prima moglie, ed
" a favore di essi impiega le sue cure e i proventi dei beni
" dei quali ha l'usufrutto, ancorchè per la sopravvegnenza
" di nuova prole si possa supporre che anche ad essa ne
" estenda il beneficio, nel che non sarà grave inconveniente,
" poichè si tratta infine di fratelli. Invece la madre passando
" ad altro matrimonio, passa ad altra casa, ad altra fa-
" miglia, rimane soggetta ad altro uomo, può essere pri-
" vata anche della tutela dei figli del defunto marito, e non
" potrebbe senza manifesto sconcio continuare a godere dei
" loro beni in braccio ad altro marito, nel seno di altra
" famiglia, e talvolta divisa da quei figli dei quali godrebbe
" le sostanze.

" Ecco le ragioni della distinzione introdotta dalla sa-
" pienza antica tra il padre e la madre sopra questo punto,
" e dalla quale la Commissione ha creduto che non sarebbe
" progresso il dipartirsi „ (1).

La questione fu di nuovo discussa, per proposta del Ministro, dalla Commissione coordinatrice. Vi fu chi difese il concetto della Commissione del Senato ; ma altri propugnò il contrario, dicendo " che non vedeva alcuna ragione di far
" differenza in questa materia tra l'uomo e la donna, e che
" trovava opportuno per l'interesse dei figli, che passando
" il loro padre a seconde nozze egli perdesse l'usufrutto
" legale, perchè rimanendo vedovo impiegherebbe i frutti
" dei loro beni a loro esclusivo vantaggio, mentre costi-
" tuendo una nuova famiglia è naturale che gli impieghi
" anche, e forse maggiormente, per questa „.

Fu così adottato, salvo il dissenso d'una piccola minoranza, il partito di ripristinare la disposizione contenuta nel progetto ministeriale.

Ed anche il Ministro, nella relazione con cui sottopose

---

(1) V. Relazione VIGLIANI, pag. 74.

al re il decreto per la pubblicazione del codice civile, disse che, " nel determinare gli effetti giuridici della perdita " dell'usufrutto legale dei beni del figlio pel passaggio a " seconde nozze, fu avviso di togliere ogni differenza tra " padre e madre. Se il fondamento legale di codesto deca- " dimento dal benefizio di legge sta nel ragionevole sospetto " che il patrimonio dei figliuoli possa per avventura vol- " gersi a pro della nuova famiglia, che si vien creando, " questo sospetto al certo non iscema di valore, nè di pro- " babilità, nè di pericoli nelle ipotesi del padre binubo; " perciocchè i figli orbati della madre loro non avranno a " sperare d'ordinario cure amorose e disinteressate dalla " intrusione d'una matrigna ".

Il pericolo che il genitore passato a seconde nozze rivolga a vantaggio della nuova famiglia le rendite dei beni dei figli di primo letto, invece d'impiegarle, come dovrebbe, a mantenere, educare ed istruire i figli medesimi, è dunque il motivo dominante questa disposizione, per la quale è tolto l'usufrutto legale sì al padre che alla madre in caso di nuovo matrimonio. Ma il timore di questo pericolo non è forse di molto esagerato? Confessiamo di pensarlo. Supponiamo per un momento che si cancelli dal codice questa causa di decadenza dall'usufrutto legale. Rimarrebbe però sempre a guarentia dei figli di primo letto il principio che le rendite dei loro beni, quantunque usufruiti dal genitore, devono anzitutto essere impiegate a loro vantaggio per le spese del congruo loro mantenimento e della loro educazione ed istruzione. Queste spese sarebbero sempre *oneri reali* dell'usufrutto, e dovrebbero quindi essere prelevate dalle rendite prima che il genitore potesse in alcun modo disporne. Ciò che il binubo potrebbe rivolgere a benefizio della nuova famiglia sarebbe unicamente il sopravanzo delle rendite, dopo soddisfatto completamente a tutti i bisogni del figlio, i quali, d'altra parte, devono essere determinati — come già dimostrammo — in proporzione della entità dei beni usufruiti, e non in

riguardo alla condizione e fortuna del genitore e della famiglia. Quanto a questo però non v'era ragione sufficiente per impedire che si rivolgesse anche a benefizio della nuova famiglia quel sopravanzo, di cui la legge lascia sempre al genitore la più libera facoltà di disporre come gli aggradi. Si dice: il pericolo temuto e che si volle impedire sta nell'abuso che il genitore potrebbe commettere, in onta a tutte le cautele prese dalla legge, sacrificando i diritti del figlio di primo letto agl'interessi della nuova famiglia, facilmente prediletta. Ma in questo nuovo aspetto non abbiam forse nella legislazione nostra una disposizione generale, che provvede efficacemente per casi di abuso? Il nostro art. 233 reca una disposizione, la cui mancanza nel codice Francese dava luogo a questioni assai dibattute. E si comprendeva che in una legislazione, la quale non offriva mezzi per riparare alle mancanze del genitore nello adempimento de' suoi doveri di patria potestà, si fosse poi proclive nei casi in cui i pericoli di simili abusi apparissero più gravi — come appunto in quello che la madre usufruttuaria passasse ad altre nozze — a sopprimere senz'altro l'usufrutto. Ma per noi non è così. Se il genitore, che avesse contratto nuovo matrimonio, trascurasse di provvedere congruamente colle rendite dei beni usufruiti al mantenimento, all'educazione ed istruzione del figlio proprietario, per arricchire di quelle rendite la nuova famiglia, commetterebbe senza dubbio un *abuso della patria potestà;* e i parenti più vicini del figlio, ed anche il pubblico ministero, a cui il figlio stesso avrebbe facoltà di presentare reclamo in proposito, potrebbero ricorrere al tribunale per ottenere opportuni provvedimenti, fra i quali potrebb'esservi la privazione stessa dell'usufrutto, come espressamente dichiara il predetto art. 233. E allora nulla di più giusto che il togliere al genitore l'usufrutto del quale ha abusato. Ma confessiamo di non saper comprendere come il solo pericolo di un abuso — contro cui, in ogni caso che si verificasse, sarebbe pronto un rimedio tanto

efficace — possa giustificare che a titolo di precauzione si adotti il partito radicale di sopprimere senz'altro l'usufrutto stesso.

Qualche autore, il *Marcadé* specialmente, ha proposto un'altra idea: di considerare, cioè, la cessazione dell'usufrutto legale per causa di passaggio a nuovo matrimonio come una specie di *pena civile*, inflitta in odio delle seconde nozze, che si contraggano mentre siano superstiti figli nati da matrimonio anteriore.

E questo concetto potrebbe forse per noi incontrare minori ostacoli che nel codice Francese; il quale non aveva resa comune al padre la privazione dell'usufrutto legale pel passaggio a nuove nozze, come logicamente si avrebbe dovuto fare se si fosse inteso di riprovare le seconde nozze e cercar d'impedirle colla sanzione d'una pena civile. Taluni giudicarono come troppo dura la espressione di *pena civile*, osservando non esservi qui un fatto illecito che possa essere colpito di pena. La forma potrebbesi facilmente attenuare, dicendo invece che il nuovo matrimonio, essendo considerato in quelle circostanze come dannoso allo interesse della famiglia, la legge tende ad evitarlo con questo mezzo di sanzione, consistente nel privare il genitore binubo del diritto di usufrutto legale sui beni dei figli di anterior matrimonio. Ma la sostanza del concetto sarebbe sempre la stessa; e reputiamo che neppure sotto questo aspetto potrebbesi giustificare abbastanza il disposto della legge. Sia pur desiderabile, in generale, nell'interesse della famiglia, che il vedovo con figli non contragga nuove nozze; ma in alcuni casi e per particolari circostanze può essere all'opposto savio consiglio, pel bene stesso dei figli di primo letto, il procurar loro con un nuovo matrimonio della madre chi supplisca al padre perduto nel dirigere la loro educazione ed istruzione, o il rendere ad essi nella donna, a cui il padre leghi di nuovo la sorte propria, il tesoro delle cure materne di cui la sventura li ha privati. E perchè dunque si vorrà considerare assolutamente come

dannoso alla famiglia il passaggio del genitore a nuove nozze, e quindi gli s'infliggerà sempre la privazione dell'usufrutto legale sui beni dei figli nati da anteriore matrimonio?

Aggiungeremo però che con questo concetto ci parrebbe assai più facile comprendere la parificazione completa del padre alla madre nell'essere sottoposti a tale causa di decadenza dall'usufrutto legale: imperocchè può riguardarsi come altrettanto desiderabile, in generale, pel bene della famiglia, che il padre vedovo con figli non dia loro una matrigna, quanto il distogliere la vedova dal darsi in braccio ad un nuovo marito avendo figli d'altro letto. Seguendo invece l'idea, accolta da molti ed anche dagli stessi autori del nostro codice, che la decadenza da tale diritto si giustifichi nel pericolo di vedere distolte dalla loro principale destinazione le rendite provenienti dai beni dei figli di primo letto, non troveremmo veramente esatto quanto fu detto dalla Commissione coordinatrice, che, cioè, non vi fosse in tale rapporto ragione alcuna di differenza tra il padre e la madre che contragga nuovo matrimonio. La differenza fu saggiamente rilevata dal relatore della Commissione senatoria; e se fu asserito, non fu però dimostrato il contrario. E appunto perchè il pericolo di veder distratte dallo scopo, a cui dovrebbero principalmente servire, le rendite dei beni dei figli di primo letto, sarebbe assai più grave quando fosse la madre, che passando ad altre nozze affidasse al nuovo marito — come generalmente avviene — l'amministrazione di tutte le sue rendite, sì provenienti dai beni proprii, come da quelli ch'essa avesse in usufrutto, reputeremmo quindi più esatta la massima ammessa dalle legislazioni anteriori, le quali limitavano alla madre sola, pel caso che passasse a nuove nozze, la privazione dell'usufrutto legale.

Sarebbe superfluo il dire che essendo il *passaggio del genitore ad altre nozze*, che viene considerato dalla legge come causa di estinzione dell'usufrutto, la cessazione di

esso non può cominciare se non *dal giorno della celebrazione del nuovo matrimonio;* nè sarebbe ammissibile in rapporto a ciò la retroattività fin dal tempo dello scioglimento del matrimonio anteriore.

Questa disposizione della legge ha dato luogo a tre questioni trattate da tutti gli autori; alcuna delle quali però ci sembra poter avere, presso di noi, una più facile soluzione, in causa di qualche notevole differenza nelle disposizioni del codice nostro.

295. Si è chiesto, in primo luogo, se divenendo un'altra volta vedovo quel genitore, che per aver contratto nuove nozze sia rimasto privo dell'usufrutto legale sui beni dei figli di anterior matrimonio, debbasi ripristinare a favore di lui questo usufrutto.

La questione non dovrebbe, in verità, parer molto grave. Trattasi d'un usufrutto che non ha altro titolo fuorchè quello della disposizione della legge; e come questa determina le cause per le quali l'usufrutto da essa creato deve estinguersi, così verificatesi queste cause, non si potrebbe ammettere che esso rivivesse se non quando la legge medesima lo stabilisse. Nè sarebbe meno arbitrario il far risorgere, senza potersi appoggiare ad un testo legislativo, l'usufrutto estinto, che il crearlo fuori dei casi dalla legge determinati.

Ora il testo ci dice che l'usufrutto legale *cessa col passaggio del genitore ad altre nozze.* Ed è notevole questa espressione, la quale dimostra come sia veramente l'aver contratto il vincolo giuridico d'un nuovo matrimonio, come *sia il fatto della celebrazione* di esso che produca l'estinzione dell'usufrutto legale; estinzione definitiva, come porta il testo. La legge non dichiara che sia *lo stato di nuovo matrimonio*, ma *il passaggio ad altre nozze* che estingue l'usufrutto legale; il che posto, se anche quello stato sia cessato per lo sciogliersi del nuovo matrimonio, non si è meno verificata la causa estintiva prevista dalla legge; e sarebbe evi-

dentemente fuori dei termini di questa, e quindi arbitrario, il far rivivere l'usufrutto per tale circostanza.

Nè questa conclusione potrebb'essere contraddetta pei motivi stessi della legge. Partendo dal concetto adottato da alcuni, che si tolga l'usufrutto legale al genitore che passi a nuove nozze allo scopo di porre ostacolo a queste per chi abbia figli natigli da un matrimonio anteriore, sarebbe chiaramente giustificato l'estinguersi irreparabilmente l'usufrutto pel fatto della celebrazione del nuovo matrimonio, che la legge volle colpire con quella sanzione, ancorchè la conseguenza di tale fatto, lo stato di nuovo matrimonio, fosse cessato dappoi.

Ma attenendosi pure al diverso motivo, addotto più comunemente e ritenuto anche dagli autori del nostro codice, è certo tuttavia che tale motivo non cessa assolutamente sempre pel solo scioglimento del nuovo matrimonio. Se da questo sono nati altri figli, non vi è forse ancora il pericolo che il genitore prediligendoli rivolga a loro vantaggio le rendite dei beni dei figli di primo letto, trascurando di provvedere, come dovrebbe, al mantenimento, all'educazione ed istruzione di questi ultimi? Per procedere logicamente bisognerebbe dunque distinguere se dal nuovo matrimonio fossero o no nati figli, e ritenere che nel primo caso rimanesse estinto l'usufrutto, che rivivesse invece nel secondo. Ma dove troviamo anche solo la traccia d'una tale distinzione nel testo della legge? E non sarebbe arbitrario, non è vietato dai più elementari principii d'interpretazione lo stabilire una distinzione ch'essa non fa?

Gli autori sono infatti generalmente concordi in questa massima, che l'usufrutto legale, cessato pel passaggio del genitore a nuove nozze, non rinasca sebbene il nuovo matrimonio sia disciolto (1).

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 95, n. 8; Proudhon, *De l'usufr.*, t. I, n. 144; Duranton, t. III, pag. 386; Demolombe, t. VI, n. 562; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 33; Borsari, *Comm.*, art. 232, § 544, t. I, pag. 854.

Nondimeno vi è anche qualche opinione in contrario (1). Si ricorre al principio che al cessar della causa deve cessare anche l'effetto. Si dice che la causa, consistendo nello impedire alla madre di potersi valere delle rendite di beni appartenenti ai figli di anteriore matrimonio per arricchire il nuovo marito, questa causa cessa quando il matrimonio è sciolto; che tutt'al più potrebb'esservi ragione di mantenere la decadenza dall'usufrutto quando vi fossero figli del secondo letto; ma non essendo ammessa questa distinzione dalla legge, non può essere lecito l'introdurvela. Queste obbiezioni, per quanto gravi, non ci sembrano però tali da vincere le considerazioni già sopra addotte.

L'impedire di volgere a vantaggio della nuova famiglia le rendite provenienti dai beni dei figli d'anterior matrimonio non sarebbe che il motivo della disposizione, da cui è inflitta la privazione dell'usufrutto legale. Ma la causa vera, la causa efficiente della cessazione di questo usufrutto è il nuovo matrimonio, e più propriamente *l'averne contratto il vincolo giuridico, il fatto stesso della celebrazione delle nuove nozze*. Non si può dire adunque che collo sciogliersi di tale matrimonio sia cessata la causa che ha prodotta la estinzione dell'usufrutto, e debba quindi cessare l'effetto.

Quanto all'altro argomento poi, ci sembra che si tenti invano di rivolgere in favore ciò che è manifestamente contrario all'assunto di cui si vorrebbe dare la dimostrazione. Abbiamo una legge che, in termini generali ed assoluti, dichiara estinto l'usufrutto legale pel passaggio del genitore a nuove nozze. Nel caso di scioglimento di questo nuovo matrimonio potrebb'esservi ragione — secondo i motivi che si assegnano a quella disposizione — per far rivivere l'usufrutto quando non vi fossero figli del secondo letto; mentre vi è tutta la ragione di mantenere l'estinzione dell'usufrutto nella ipotesi opposta. La legge però non fa

(1) Taulier, t. I, pag. 496; Laurent, t. IV, n. 338, pag. 444.

distinzione alcuna, nè in verun caso ammette il rinascere dell'usufrutto. La conclusione che se ne deve trarre — applicando il principio fondamentale che non si possano introdurre distinzioni dove la legge non ne ammette — è che in nessun caso possa farsi rivivere l'usufrutto, neppure in quello in cui potrebbe offrirsene la giustificazione; tanto più trattandosi d'un usufrutto, che, come riconosce la sua origine dalla legge positiva, così non potrebbe che per opera di essa risorgere dopo essere stato estinto. Ma il conchiuderne all'opposto che debba rivivere anche in quel caso in cui non ve ne sarebbe neppure in diritto costituendo nessuna ragione, ci par davvero contrario evidentemente ad ogni sana regola d'interpretazione.

296. Un'altra grave questione è stata discussa pel caso di annullamento del nuovo matrimonio contratto dal genitore.

È opinione di molti che neppure in tale ipotesi possa riattivarsi in favore del genitore predetto l'usufrutto legale, da lui perduto per quelle nozze, sui beni dei figli natigli dal matrimonio anteriore. Fanno eccezione pel solo caso in cui l'annullazione sia ottenuta per causa di violenza con cui sia stato estorto il consenso (1).

Anche l'avviso opposto è però appoggiato ad imponenti autorità (2). Tra gli altri il *Duranton* insegna doversi distinguere se il nuovo matrimonio nullo sia stato contratto in buona o mala fede; poichè, dice egli, nel primo caso producendo tuttavia quel matrimonio gli effetti civili, come se fosse valido, dovrebbe quindi mantenersi anche l'estinzione

---

(1) V. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n. 144; Marcadé, art. 387, § VI, t. II, n. 168; Demolombe, t. VI, n. 563-564; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 34; Borsari, *Comm.*, art. 232, § 544, pag. 855; Buniva, vol. I, pag. 188-189; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 557, pag. 388.

(2) V. Duranton, t. III, n. 387; Chardon, *Traité des trois puissances*, parte II, n. 160; Vazeille, *Du mariage*, t. II, n. 470; Laurent, t. IV, n. 338, pag. 444-445.

dell'usufrutto legale, che uno di quei coniugi avesse avuto sui beni dei figli natigli da anterior matrimonio. Tutti gli altri autori però rigettano questa distinzione, la quale avrebbe per risultato di porre in deteriore condizione chi avesse agito in buona fede, a fronte di colui che avesse contratto il nuovo matrimonio sapendone la nullità.

Nè poi una tale teoria si accorderebbe coi veri principii circa il *matrimonio putativo*. Gli effetti civili, ch'esso conserva nonostante l'annullazione, sono quelli i quali prima che questa fosse pronunciata costituivano già diritti acquisiti *riguardo ai coniugi od al coniuge di buona fede, e riguardo ai figli nati dal matrimonio annullato, o in virtù di esso legittimati* (art. 116 cod. civ.). Prima dell'annullazione, finchè quindi il matrimonio produceva tutti gli effetti suoi ordinari, è certo che il coniuge binubo non poteva esercitare il diritto d'usufrutto legale sui beni dei figli di primo letto. Ma il diritto di questi figli di negare l'usufrutto al loro genitore, poteva forse dirsi un diritto acquisito *riguardo al coniuge o riguardo ai figli*, per usare le testuali espressioni dell'art. 116? Non certo *riguardo al coniuge*, poichè si tratta d'un diritto che sta anzi contro di lui; non *riguardo ai figli*, perchè parlando di questi la legge si riferisce naturalmente soltanto ai *figli nati dallo stesso matrimonio annullato*, e non a quelli d'un matrimonio anteriore. Perciò il *Chardon* diceva che il matrimonio nullo, ma contratto in buona fede " non produce gli effetti civili se non restritti- " vamente riguardo agli sposi ed ai figli, ma non ne pro- " duce alcuno riguardo ai *terzi;* epperò, quando il signor " *Duranton* estende questa disposizione ai figli del primo " letto, ne fa evidentemente una falsa applicazione „.

Il *Borsari* " trova alquanto strana la qualificazione di " *terzi*, affibbiata ai figli di primo letto, che sono l'oggetto " diretto e primario della disposizione „. Ma la disposizione di cui veramente si disputa qui non è quella dell'art. 232, bensì dall'art. 116, mentre si tratta di vedere se possano invocarsi gli effetti del *matrimonio putativo* per contendere

al genitore che lo contrasse l'usufrutto legale sui beni del figlio di anterior matrimonio. E poichè l'art. 116 attribuisce gli effetti civili al matrimonio putativo solo nei rapporti dei coniugi tra loro e coi *figli nati da questo matrimonio*, è chiaro che quelli procedenti da un matrimonio anteriore sono *estranei ai rapporti contemplati dalla legge*, e sotto tale rispetto possono senz'alcuna stranezza essere qualificati come *terzi*.

Il *Marcadé* combattendo vivamente, come soleva, la teoria del *Duranton*, disse che la perdita dell'usufrutto, pel genitore che passa a nuove nozze, non è da considerarsi veramente come uno degli *effetti civili* del matrimonio; che quindi la disposizione la quale mantiene gli effetti civili del matrimonio putativo non può avere applicazione in questa materia. Ed è innegabile che non si tratta d'uno degli effetti civili ordinari del matrimonio; ma si tratta ad ogni modo d'una conseguenza legale che il matrimonio produce nel caso speciale in cui è stato contratto da chi fu legato in anteriori nozze e ne ha figli viventi i quali posseggono beni che sarebbero soggetti all'usufrutto legale. La questione non sarebbe certo risoluta per la considerazione del non trattarsi di effetti generali ed ordinari ma di effetti speciali e straordinari.

L'effetto speciale però — o, se si preferisce quest'altra espressione, la conseguenza legale delle nuove nozze contratte dal genitore — l'effetto, cioè, consistente nel far cessare l'usufrutto legale sui beni dei figli nati dal precedente matrimonio, non potrebbe esser fatto valere da questi nel caso di nullità delle nuove nozze adducendo la buona fede del genitore stesso; perchè, secondo la disposizione testuale dell'art. 116, è solo in favore del coniuge di buona fede e in favore dei figli nati dal matrimonio putativo, che ne sono mantenuti gli effetti civili non ostante l'annullazione di esso, e qui sarebbero all'opposto i figli di primo letto, che ritorcerebbero contro il loro genitore, per privarlo dell'usufrutto, la buona fede di lui, rivolgerebbero la fin-

zione giuridica del matrimonio putativo contro la stessa persona nel cui interesse è introdotta.

Respinta dunque, com'è da tutti, questa distinzione del *Duranton*, resta però sempre intatta la questione principale. Quando il nuovo matrimonio, contratto dal genitore, sia annullato, deve aversi come non avvenuta la estinzione dell'usufrutto, sicchè esso riprenda vigore retroattivamente? Oppure continua l'effetto dell'avvenuta cessazione dell'usufrutto, come abbiamo veduto accadere nel caso di vedovanza del genitore che aveva contratto nuove nozze?

Notiamo che abbiam posto la questione sul rinascere, o no, retroattivamente l'usufrutto legale; perchè invero non sarebbe possibile ammettere che rivivesse pel futuro, ma rimanessero costanti gli effetti della estinzione fino al giorno in cui la sentenza di annullamento avesse acquistata autorità di cosa giudicata. Se si ritiene che secondo la legge basti il fatto della celebrazione del nuovo matrimonio, ancorchè nullo, per produrre la estinzione dell'usufrutto legale, esso non può rinascere neppur dal giorno dell'annullamento di quel matrimonio. Se all'apposto si ammette che non basti il fatto materiale della celebrazione d'un nuovo matrimonio, per produrre la conseguenza legale della estinzione dell'usufrutto, ma si richieda che sia stato contratto giuridicamente un vero vincolo coniugale, è chiaro che l'annullazione distruggendo retroattivamente quel vincolo, come se mai non fosse esistito, l'usufrutto non riprenderà vigore soltanto dal giorno dell'annullamento del matrimonio, ma dovrà riguardarsi come non mai estinto.

Ricorrendo ai principii generali non potrebbesi esitare ad accogliere quest'ultimo concetto; poichè la sentenza dichiarante la nullità fa scomparire appunto tutti gli effetti che il matrimonio aveva fin da principio prodotti in virtù del suo carattere apparente; nè può essere altrimenti, nè possono essere conservati effetti che il matrimonio abbia prodotti in passato — chè sarebbe impossibile attribuirgliene per l'avvenire, essendo dal giorno dell'annullazione

parificato ad un matrimonio disciolto — se non in virtù d'una esplicita disposizione di legge (1).

Quali son dunque le ragioni per cui tanti illustri giureconsulti adottarono la massima che non ostante l'annullazione del nuovo matrimonio, pel quale era rimasto estinto l'usufrutto legale sui beni dei figli di primo letto, quell'usufrutto però non riviva, sebbene la legge non dica ciò?

Quegli autori cercano un primo appoggio alla loro opinione nel testo medesimo della legge; facendo osservare ch'essa dichiara *cessato l'usufrutto legale pel passaggio del genitore ad altre nozze*, senza distinguere se queste siano state contratte validamente, o no. Ne deducono che basti il fatto della celebrazione d'un nuovo matrimonio, ancorchè nullo, per incorrere nella sanzione d'esser privato dell'usufrutto sui beni dei figli d'anterior matrimonio. Certo, è la celebrazione delle nuove nozze che è causa di estinzione dell'usufrutto legale; e appunto per ciò accettammo nel numero precedente l'opinione che la vedovanza del genitore non faccia rivivere quell'usufrutto. Ma non può essere *il solo fatto d'essersi prestato a quella celebrazione*, che produca un tale effetto; altrimenti bisognerebbe ammetterlo anche nel caso di celebrazione d'un matrimonio inesistente giuridicamente, per esempio per essere stato contratto davanti a persona che non fosse uffiziale dello stato civile; il che non è stato pensato mai da alcuno, nè certamente potrebbe sostenersi. È dunque necessario che sia stato veramente contratto il vincolo giuridico di matrimonio; ciò che non può più dirsi quando il matrimonio medesimo sia annullato. E qui appunto sta la differenza rispetto al caso di vedovanza; nel quale la causa di estinzione dell'usufrutto essendosi realmente verificata, perchè il vincolo giuridico di matrimonio fu contratto, e ciò essendo bastato a produrre la estinzione dell'usufrutto legale, non può quindi più farsi luogo al rivivere di esso, non ostante che quel

---

(1) V. vol. V, parte II, n. 171, pag. 733-734.

vincolo siasi disciolto e lo stato coniugale sia cessato per la morte del nuovo coniuge. Dopo ciò che importa se la legge non abbia espressa alcuna distinzione fra il matrimonio valido o nullo? Non lo ha fatto perchè non era necessario, perchè era abbastanza chiaro di per sè che solo quando le nuove nozze fossero contratte validamente la legge poteva prenderle in considerazione per farne una causa di estinguimento dell'usufrutto legale del genitore.

I motivi della legge somministrano un altro argomento all'opinione di cui parliamo. Si afferma che questi motivi esistono anche nel caso di nullità del nuovo matrimonio, il quale può durare anche lungo tempo prima d'essere impugnato, e frattanto nascerne figli, e verificarsi quindi ugualmente i pericoli — per evitare i quali fu stabilita la decadenza dall'usufrutto legale a danno del coniuge binubo — che questi rivolga le rendite provenienti dai beni dei figli avuti da un matrimonio anteriore a indebito vantaggio del nuovo coniuge e dei figli nati dal matrimonio nullo. Ma in questa obbiezione si trascura un punto, che pure sembra della massima rilevanza. Un matrimonio annullabile, finchè la nullità non sia legalmente pronunciata, produce tutti gli effetti che sarebbero proprii d'un matrimonio valido, e quindi anche l'effetto speciale stabilito dall'articolo 232. Se dunque colui che ha figli provenienti da un matrimonio disciolto contrae nullamente nuove nozze, egli non potrà, prima che ne sia dichiarata la nullità, esercitare l'usufrutto legale sui beni dei figli predetti. Ciò stesso rende impossibile il temuto pericolo che dell'usufrutto legale si abusi. Come dunque potrà giustificarsi pel timore di tale abuso che si escluda il risorgere del diritto di usufrutto qualora quel matrimonio sia annullato? Si opporrà, forse, che in fatto potrà accadere che il genitore passato a seconde nozze nulle si valga della disponibilità, che è in sua mano, delle rendite del figlio, per rivolgerle a pro della nuova famiglia che si è formata con questo matrimonio nullamente contratto. Ma si può replicare che a ciò non

riparerebbe in nessun modo l'impedire che, pronunciata l'annullazione del matrimonio, rinascesse l'usufrutto legale del genitore. Se pel passato si saranno commessi abusi, se ne avrà la responsabilità. Anche rivivendo retroattivamente l'usufrutto, non si potrà prescindere dal considerarlo gravato degli oneri reali stabiliti dall'art. 230; e se non siano stati soddisfatti, dovranno anche essere restituite le rendite illegittimamente impiegate in altri usi. Il genitore, il cui nuovo matrimonio sia stato annullato, non avrà in fine diritto che a ripetere per sè quella parte di rendite che superava i bisogni del figlio. E che hanno a fare con ciò gli obbiettati pericoli di abuso a danno del figlio medesimo?

Ribattendo poi l'argomento tratto dalla massima che non si può attribuire alcun effetto a ciò che è nullo, si osserva non essere quella massima così assoluta da impedire che l'esistenza di fatto del matrimonio annullabile possa produrre certe conseguenze legali; ed è verissimo, come lo abbiam dimostrato in altro luogo (1). Ma ciò a che giova per la questione presente? Tra le conseguenze legali, che possono derivare dall'esistenza di fatto d'un matrimonio nullo, non deve annoverarsi quella di privare dell'usufrutto legale il genitore che abbia contratto nullamente nuove nozze; poichè, come crediamo di aver dimostrato, quella privazione non è fatta dipendere, secondo l'art. 232, dal semplice fatto materiale della celebrazione di nuovo matrimonio, ma dal vincolo giuridico che sia stato realmente contratto.

Sono queste le considerazioni per le quali in sì grave questione reputeremmo preferibile l'opinione, che veramente ha il minore appoggio di autorità, ma il migliore, secondo noi, di ragioni.

297. Si è chiesto se, per analogia da quanto dispone la legge pel caso di nuove nozze contratte dal genitore che gode dell'usufrutto legale, o piuttosto per argomento

(1) V. vol. V, parte II, n. 172, pag. 734 e seg.

a fortiori, sia da infliggersi la privazione dell'usufrutto predetto a quel genitore che conduca una vita notoriamente scostumata.

Alcuni autori francesi lo hanno ritenuto, considerando che con l'abbandonarsi alla dissolutezza il genitore si rende assai più colpevole nei rapporti verso i propri figli legittimi, di quel che possa considerarsi per un nuovo legame coniugale ch'egli contragga; che la notoria cattiva condotta potendo dar luogo alla rimozione dalla tutela, sarebbe ingiusto che il genitore conservasse l'usufrutto, che è un compenso alle cure verso i figli, quando questi fossero per colpa di lui sottratti alla sua autorità; che d'altronde era massima tradizionale dell'antico diritto francese e della dottrina e giurisprudenza, che l'immoralità pubblica della vedova facesse luogo a sottoporla alle stesse sanzioni stabilite per le seconde nozze, ripugnando ai principii della ragione e della morale l'accordare maggiori diritti alla donna impudica che a quella la quale avesse preso di nuovo lo stato di sposa legittima (1).

Tuttavia la grandissima maggioranza dei giureconsulti respinse questa massima; non perchè non se ne riconoscesse la moralità e la conformità ai principii generali che regolano la patria potestà — chè anzi tutti si accordavano nel far voti per una riforma legislativa, la quale proclamasse la decadenza dall'usufrutto legale anche per tale causa — ma per queste ragioni: che la esclusione dell'usufrutto assumerebbe in questo caso il carattere di una pena, e pena non vi può essere senza una legge che la infligga; e che d'altra parte i motivi della disposizione data pel caso di nuove nozze non erano applicabili precisamente a questo di una vita licenziosa, poichè la madre rimanendo libera di sè non dava luogo al temuto pericolo,

(1) V. Proudhon, *Traité des dr. d'usufr.*, ecc., t. I, n. 146; Delvincourt, lib. I, tit. VIII, t. I, pag. 97, n. 8.

che le rendite provenienti dai beni dei figli di primo letto fossero rivolte a vantaggio d'una nuova famiglia (1).

Alcuni scrittori italiani hanno pure adottato quest'ultima opinione, sempre pel motivo che non possa applicarsi una pena la quale non sia espressamente stabilita dalla legge, ed accennando inoltre ad un argomento *a contrario*, che reputano potersi dedurre dalla disposizione dell'articolo 233 del nostro codice. Uno di essi dichiarò anzi, con molta lealtà che gli fa onore, che " la importanza dell'ac-" cennata ragione lo indusse ad abbandonare la sentenza " opposta già da lui propugnata „ (2).

Se non che sembra che il nostro articolo 233, ben lungi dal prestarsi a quest'argomentazione a *contrario sensu*, offra anzi quella disposizione testuale che è necessaria per dar luogo all'applicazione d'una pena, e la cui mancanza era lamentata dagli autori francesi.

Questa disposizione infatti dà facoltà al tribunale di privare, tra l'altro, dell'usufrutto legale il genitore che abusi della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri. Si pretende che questa disposizione non sia applicabile al caso, che anzi offra un argomento in senso contrario perchè — dice il Pacifici — " tanto il padre quanto la " madre, *non ostante la loro vita licenziosa, possono esercitare* " *degnamente la patria potestà* „. Per parte nostra ci permettiamo di negare questa qualificazione di degnità nell'esercizio de' suoi doveri di famiglia, al genitore che conduca una vita pubblicamente scostumata. Diciamo anzi ch'egli infrange uno dei principali doveri della patria potestà, quale è quello di educare i figli coll'esempio, mezzo principale, al certo, per infondere in loro i sentimenti mo-

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 388; Chardon, *Traité des trois puissances* p. II, n. 162-163; Marcadé, art. 387, § VI, t. II, 168; Demolombe, t. VI, n. 565; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 32; Laurent, t. IV, n. 344 *bis*.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 557, 3°, pag. 388; Buniva, vol. II, pag. 189.

rali. Sosteniamo quindi che colla sua dissolutezza egli *abusa della patria potestà* nel senso dell'art. 233. Nè può più dirsi da noi che la legge taccia in così grave argomento, a fronte di questa nuova disposizione che il nostro codice può vantare. Si potrà ritenere in qualche caso — ma non sarà che eccezione non frequente — che la sregolatezza del genitore non eserciti una sinistra influenza sulla educazione dei figli. Ma a ciò provvede abbastanza la disposizione dell'art. 233, non pronunciando direttamente ed assolutamente la privazione dell'usufrutto legale, ma affidando al potere discrezionale dell'autorità giudiziaria l'infliggerla o no, e in tutto od in parte, secondo le circostanze consiglino. Non si dica perciò che manca una disposizione di legge la quale punisca colla privazione dell'usufrutto il genitore che violi il proprio dovere per la educazione dei figli, dando loro il pessimo esempio d'una scostumatezza notoria. Con questa asserzione si fa torto ingiusto alla nostra legislazione, che pure si è resa di tanto superiore a quelle che la precedettero nel provvedere efficacemente all'educazione ed istruzione delle generazioni crescenti. Si dica piuttosto che il legislatore, ammettendo con giusto rigore quella sanzione penale, non ha però voluto irrogarla con una disposizione generale ed assoluta, ma con lodevole prudenza ha lasciato ai tribunali il giudizio sulla convenienza e sulla misura dell'applicazione di tale pena.

298. (*g*) Della massima che il genitore possa per propria volontà far luogo all'estinzione dell'usufrutto legale che gli spetta, mediante atto di rinunzia, abbiam parlato altre volte, dimostrandone il fondamento giuridico e confutando le obbiezioni che a primo aspetto sembrerebbero opponibili. Ci parve però che non potesse reputarsi lecito il rinunziare assolutamente e genericamente al diritto di usufrutto, spogliandosi così di questo attributo della patria potestà, ma solo limitatamente al godimento di determinati

beni del figlio (1). Abbiamo anche detto in altro luogo che la rinunzia può farsi tanto prima di cominciare l'esercizio dell'usufrutto, quanto dopo averlo accettato ed averne effettivamente goduto per qualche tempo; tanto per mero scopo di liberalità verso il figlio, quanto per liberarsi dai carichi inerenti all'usufrutto. In quest'ultimo rapporto però abbiamo dimostrato che il genitore, mediante la sua rinunzia all'usufrutto, si libererebbe dagli oneri che potrebbero incombergli in futuro, ma non da quelli che al tempo della rinunzia medesima fossero già verificati (2).

Intorno a ciò eviteremo ogni ripetizione con un semplice riferimento alle teorie già esposte nei luoghi che abbiamo ricordati.

Rimangono però alcune osservazioni importanti a farsi quanto agli effetti d'una rinunzia all'usufrutto legale. E prima di tutto rammenteremo un principio già sopra accennato, che cioè la rinunzia è tra le cause di estinzione soltanto relativa di tale usufrutto; perchè non potendosene naturalmente verificare gli effetti che contro chi l'ha emessa, dovrebbe rimanere impregiudicato il diritto eventuale all'esercizio dell'usufrutto medesimo riguardo all'altro genitore. Così, supposto che il rinunziante sia il padre, è certo che l'usufrutto sarà assolutamente e irrevocabilmente estinto quanto a lui, e finchè egli eserciti la patria potestà, non potrà la madre invocare a proprio benefizio la devoluzione dell'usufrutto; nè le gioverebbe la disposizione dell'articolo 231, § 2, giacchè non è questo uno dei casi, restrittivamente contemplati da quella disposizione, nei quali il padre *sia escluso in virtù di legge dall'usufrutto dei beni del figlio per cause personali al padre medesimo*. Qui si tratta d'una decadenza che ha luogo per sola volontà dello stesso usufruttuario, e non può quindi avere alcuna applicabilità la ricordata disposizione dell'art. 231, § 2. Ma se la madre

(1) V. sopra, n. 249, pag. 650-656.
(2) V. sopra, n. 286.

non potrebbe così giovarsi della rinunzia fatta dal padre, è chiaro altrettanto che questa non potrebbe nuocere a lei, privandola del diritto eventuale, che pei casi determinati dalla legge le può competere all'esercizio dell'usufrutto legale. Devesi applicare in ciò pienamente e per ogni conseguenza giuridica il principio: “ *res inter alios acta aliis non nocet, nec prodest* „. Epperò, non ostante la rinunzia fatta dal padre, quando in lui si estinguesse la patria potestà, od almeno l'esercizio di essa passasse in modo permanente e generale alla madre, si riattiverebbe necessariamente in favore di lei l'usufrutto legale.

In questo stesso argomento degli effetti della rinunzia all'usufrutto legale, tutti gli autori propongono il quesito: se sia ammissibile *l'azione revocatoria*, per la quale i creditori possano impugnare la rinunzia predetta, qualora sia stata fatta dal debitore in frode delle loro ragioni; e si accordano nel risolverla affermativamente (1). Un solo ha sollevato intorno a ciò qualche dubbio; ma ha finito poi col non negare l'ammissibilità di quell'azione, e sostenere soltanto che più facile sia il respingerla, attesochè tale rinunzia non sia sempre un mero atto di liberalità verso il figlio, spesso anzi non sia che un mezzo per liberarsi da oneri superiori agli utili, e si abbiano quindi minori motivi per ritenere verificata la frode (2). E invero sarebbe difficile trovar ragioni per indubbiare gravemente l'applicabilità dell'azione revocatoria anche in questo caso.

La disposizione dell'art. 1235 comprende *tutti gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle ragioni dei creditori*, ai quali allora dà facoltà indistintamente d'impugnare gli atti medesimi. Basta che questi siano d'interesse pecuniario, che i creditori ne soffrano pregiudizio, che possa dirsi veri-

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 394; Marcadé, art. 387, § V, t. II, n. 167; Demolombe, t. VI, n. 593; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 38; Laurent, t. IV, n. 339; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 557, pag. 389; Buniva, vol. II, pag. 190.

(2) V. Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, n. 2397-2398.

ficata frode in loro danno, perchè si faccia luogo all'azione. Or qui non è possibile dubitare che si tratti d'un atto di vero interesse pecuniario; è certo ugualmente che ne rimangono danneggiate le ragioni dei creditori, le quali sarebbero state esercibili, come a noi parve, anche sul diritto stesso d'usufrutto legale del debitore (1), certissimamente poi sui frutti dei beni del figlio del debitore stesso eccedenti gli oneri imposti all'usufrutto. Se dunque si prova eziandio l'elemento della frode commessa dal debitore, il quale rinunziando al diritto d'usufrutto legale sapesse di rendersi insolvibile verso i propri creditori, non apparisce ragione alcuna per la quale si possa negare ad essi l'esercizio dell'azione revocatoria.

Nè sarebbe caso di poter esigere, a norma dell'art. 1235, § 2, che si provasse essere stato partecipe della frode anche il figlio, in favor del quale è stata fatta la rinunzia; perchè questa è di natura sua un atto a titolo gratuito, pel quale basta, secondo l'espressa disposizione sopracitata, *che la frode sia intervenuta per parte del debitore.*

Tutto ciò, per altro, riguarda soltanto la rinunzia vera e propria e diretta. Anche la *emancipazione, o di diritto, o formale,* contiene implicitamente l'abbandono del diritto d'usufrutto legale (art. 228 cod. civ.); ma l'estinzione di esso è allora una conseguenza che la legge stessa fa derivare dal nuovo stato, che attribuisce al figlio in virtù della emancipazione. L'usufrutto in tal caso cessa, ed anche i creditori del genitore sono privati dei vantaggi che potevano trarne al fine di ottenere il pagamento dei loro crediti, non per solo effetto della volontà del debitore, ma anzi per opera diretta della legge, sebbene dipendentemente dall'atto di emancipazione, che emana dalla volontà del genitore medesimo. Quest'atto poi non è per sè stesso d'interesse pecuniario, ma appartiene affatto all'ordine morale, riguardando lo stato personale. Ond'è che sarebbe

(1) V. sopra, n. 251, pag. 667-669.

impossibile concedere azione ai creditori per impugnare l'emancipazione che il loro debitore avesse fatta del proprio figlio, al fine di conservare l'usufrutto sui di lui beni; e impossibile del pari il mantenere l'emancipazione e tuttavia ripristinare l'usufrutto, che non avrebbe più ragione di essere dopo la cessazione della patria potestà. La quale impossibilità poi sarebbe tanto più evidente quando non si trattasse di emancipazione formale, ma di quella che ha luogo di diritto pel matrimonio contratto dal figlio.

Tutti gli autori già sopra citati si accordano infatti nel ritenere questa massima; e l'opinione contraria del *Merlin* rimase isolata (1).

299. (*h*) L'ultima delle cause di estinzione dell'usufrutto legale è *l'abuso della patria potestà;* com'è disposto espressamente nel nostro art. 233. Del quale siamo qui costretti a parlare incidentalmente altra volta, riserbandoci però sempre di commentarlo più largamente nella sezione successiva.

Nel diritto francese, che non aveva una disposizione simile, era però ammesso senza contrasto dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, conformemente alla regola generale dell'art. 618 di quel codice, anche l'usufrutto legale *potesse cessare per l'abuso che facesse l'usufruttuario del proprio diritto.*

Presso noi pure potrebbe sorgere il pensiero che in questa parte la disposizione dell'art. 233 non fosse che l'applicazione della regola comune scritta nell'art. 516 per l'usufrutto ordinario. Crediamo però che questa idea sarebbe inesatta; e reputiamo non inutile nè difficile il dimostrarlo.

Tra la cessazione per abuso dell'usufrutto ordinario, e dell'usufrutto legale, passano, se non erriamo, differenze gravissime: rispetto al fondamento stesso giuridico di tale

---

(1) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *Usufruit paternel*, § 1.

causa di estinzione del diritto; rispetto ai fatti che possono cagionarla; rispetto, infine, alle facoltà competenti in proposito all'autorità giudiziaria. Ciascuno di tali rapporti ci porgerà occasione a dimostrare le norme speciali per questa causa di estinzione dell'usufrutto legale.

L'usufrutto ordinario, costituito per volontà dell'uomo, può esserlo a titolo oneroso o gratuito. In ambidue i casi il farsi luogo secondo l'art. 516 cod. civ. alla cessazione dell'usufrutto, per l'abuso che l'usufruttuario commetta del proprio diritto, violando l'obbligazione essenziale, che vi corrisponde, di *conservare la sostanza della cosa tanto nella materia quanto nella forma* (art. 477 cod. civ.), non è che un'applicazione d'altri principii più generali. Poichè nell'usufrutto costituito a titolo oneroso dovevasi osservare la massima, che *la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione* (art. 1165 cod. civ.). Se poi è costituito a titolo gratuito, era da aver riguardo all'altra regola che la donazione è revocabile per inadempimento dei pesi imposti al donatario (articoli 1078, 1080 cod. civ.).

L'usufrutto dipendente dalla patria potestà è costituito dalla legge, la quale concedendolo ha potuto subordinarlo a quelle condizioni risolutive che riputasse opportune; nè al certo si può considerare come eccessivo l'avervi apposto questa, dipendente dall'abuso della patria potestà, essendo anzi naturalissimo che un diritto concesso come attributo della patria potestà stessa, quasi come compenso in favore di chi la esercita, abbia a cessare qualora tale esercizio non si faccia in conformità della legge, ma al contrario si abusi dei poteri da essa conferiti. Da ciò deduciamo che la cessazione per abuso è più facilmente e più ampiamente giustificata nell'usufrutto legale che nell'ordinario; e ne vedremo fra poco qualche conseguenza utile anche per le pratiche applicazioni.

L'*abuso*, che è causa di cessazione dell'usufrutto ordi-

nario, consiste nell'avere l'usufruttuario mancato all'obbligo proprio di conservare la sostanza dei beni usufruiti, *alienandoli, deteriorandoli, o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni*, come appunto si esprime l'articolo 516.

L'abuso che può esser causa di estinzione dell'usufrutto legale è considerato in relazione all'esercizio degli attributi, in generale, della patria potestà, e non esclusivamente in relazione al godimento dei beni del figlio. Il che ci sembra risultare chiarissimamente dal testo stesso dell'art. 233, che dà facoltà al tribunale di *privare dell'usufrutto in tutto od in parte il genitore che abusi della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri, o male amministrando le sostanze del figlio*. In queste parole sono ben distinti i due ordini di doveri giuridici che possono essere violati dal genitore, gli uni riguardanti l'*autorità sulla persona del figlio*, gli altri l'*amministrazione dei beni* di lui; e per ambidue è rimessa al potere discrezionale dell'autorità giudiziaria la facoltà di decretare, secondochè le circostanze consiglino, diversi provvedimenti, tra i quali quello di *privare il genitore dell'usufrutto totalmente o parzialmente*. Così l'applicazione di questo provvedimento può assumere il carattere di una vera pena inflitta al genitore pel dolo o per la colpa di cui si è macchiato; oltre ad avere per natura sua l'altro carattere d'un mezzo di prevenzione nell'interesse del figlio, per ovviare al pericolo che si rinnovino in futuro a danno di lui simili abusi. Sarebbe dunque un errore il pensare che la privazione dell'usufrutto legale non potesse essere irrogata al genitore se non per abusi da lui commessi nell'*amministrazione dei beni* del figlio, e molto più il ritenere necessaria — come nell'usufrutto ordinario — una violazione dell'obbligo di *conservare la sostanza dei beni usufruiti*, una diminuzione o deteriorazione, imputabile al genitore, delle stesse sostanze capitali del figlio. Se anche il genitore, ottimamente amministrando i beni, abbia però violati o trascurati i propri doveri verso la persona stessa del figlio,

mal provvedendo, per esempio, alla educazione ed istruzione di lui, il tribunale potrà bensì provvedere, *nominando un tutore alla persona del figlio*, o con altri mezzi che stimi convenienti; ma potrà anche, nell'ampiezza di facoltà che gli lascia la legge, *privare il genitore dell'usufrutto in tutto od in parte*, se reputi che una tale determinazione possa costituire nel medesimo tempo una pena meritata pel genitore ed un mezzo efficace per indurlo a miglior consiglio nell'adempimento dei doveri suoi verso il figliuolo. E se anche il genitore, soddisfacendo abbastanza ai doveri della patria potestà per ciò che riguarda la persona del figlio, nè intaccando menomamente la sostanza capitale formante oggetto dell'usufrutto legale, non ne eroghi però, come dovrebbe, le rendite nell'adempimento degli oneri che vi sono inerenti; se, per esempio, lasci insolute le annualità o gl'interessi dei capitali dovuti dal giorno dell'aprimento dell'usufrutto, potrà farsi ugualmente luogo all'applicazione dell'art. 233; perocchè il genitore avrà abusato della patria potestà trascurando uno dei doveri che da essa gli derivavano, un onere inerente all'usufrutto legale dipendente dalla patria potestà stessa.

Secondo ciò che ora esponemmo, sembra risoluta nel modo più certo e chiaro dal testo medesimo del nostro codice una questione che era controversa in diritto francese. Si domandava se i tribunali avrebbero potuto pronunciare la rivocazione dell'usufrutto contro il genitore che colle rendite dei beni del figlio non provvedesse, come gliene spetta l'onere, alle spese di mantenimento ed educazione di lui. Taluni opinavano per l'affermativa, fondandosi non solo sulla equità, ma sui principii generali di diritto; perchè, dicevano, se è rivocabile la donazione per inadempimento dei pesi imposti al donatario, dev'esserlo parimente l'usufrutto legale — che in fine non è altro se non una liberalità fatta dalla legge stessa al genitore — qualora non siano eseguiti gli oneri inerenti a tale beneficio, e che l'usufruttuario ha assunti coll'accettare l'usu-

frutto. D'altro lato, aggiungevano, se lo stesso usufruttuario legale decade dal proprio diritto, per applicazione delle norme generali, quando violi gli obblighi inerenti all'usufrutto ordinario, a maggior ragione deve decaderne quando lasci inadempito l'obbligo della educazione del figlio, obbligo tanto più importante che quelli di solo interesse pecuniario (1). Altri però, senza disconoscere la ragionevolezza di una tal massima in diritto costituendo, dicevano giuridicamente impossibile l'applicarla nel silenzio della legge, dalla quale sola poteva dipendere la determinazione delle cause per le quali avesse ad estinguersi il diritto d'usufrutto da essa medesima stabilito; e solo ammettevano che i tribunali potessero, mantenendo il diritto d'usufrutto in favore del genitore, determinare i provvedimenti necessari al fine di assicurare l'adempimento degli oneri che per legge vi sono inerenti (2). — La nostra legge, non è a dubitarne, accolse la prima di queste teorie. L'articolo 233 stabilisce che il tribunale possa privare dell'usufrutto, totalmente o parzialmente, il genitore che *abusi della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri;* e quando egli non impiega le rendite dei beni usufruiti nel provvedere, innanzi tutto, alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, abusa in doppio modo della patria potestà, e ne viola i doveri di due ordini distinti: dell'ordine morale trascurando l'educazione ed istruzione del figlio, e dell'ordine pecuniario non soddisfacendo colle rendite dell'usufrutto al principale degli oneri che vi sono inerenti.

Annunciammo da ultimo che anche in rapporto alle facoltà date dalla legge all'autorità giudiziaria, vi è qualche differenza importante tra l'usufrutto ordinario e il legale,

---

(1) V. Proudhon, *Traité des dr. d'usufruit*, ecc., t. V, n. 2426; Demante, *Cours analytique de code civil*, t. II, n. 132 *bis*; Magnin, *Des minorités*, t. I, nº 285, nº 1º: Laurent, t. IV, n. 344, pag. 449-451.

(2) V. Chardon, *Tr. des trois puissances*, parte II, n. 158; Demolombe, t. VI, n. 599-600; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 39.

quanto alla cessazione di esso per abuso. Ed anche questo è facile a dimostrarsi col testo medesimo della legge.

Dell'usufrutto ordinario la estinzione non può essere che totale, se l'autorità giudiziaria reputi che sia caso di doverla dichiarare per abusi commessi dall'usufruttuario (art. 516 cod. civ.). All'opposto per abuso della patria potestà il tribunale può anche limitarsi a privare *parzialmente* dell'usufrutto legale il genitore (art. 233 cod. civ.). Nè vi è molta difficoltà a scorgere la ragione della differenza. Nell'usufrutto legale la cessazione, che può essere pronunciata per abusi commessi dal genitore, veste il carattere d'una specie di pena civile, è un mezzo di sanzione adottato dalla legge per assicurare l'adempimento dei doveri di patria potestà. Bisognava quindi che questa sanzione fosse resa graduabile nella sua applicazione, per poterla proporzionare alla gravità della colpa in cui il genitore fosse incorso. Ecco perchè fu lasciata facoltà al tribunale di *privare il genitore dell'usufrutto in tutto od in parte*. Ma è tutt'altro l'aspetto delle cose nell'usufrutto ordinario. La cessazione di esso per abuso non ha altra ragione che la necessità di non lasciar violare impunemente dall'usufruttuario i diritti della proprietà, distruggendo o deteriorando la sostanza dei beni usufruiti; ed è chiaro che se il bisogno di tale provvedimento si verifica per dolo o colpa dell'usufruttuario, il provvedimento medesimo non può che abbracciare tutto l'oggetto dell'usufrutto. La stessa considerazione, che l'usufrutto ordinario si fa cessare in caso di abuso, pel solo motivo della necessità di guarentire la conservazione della sostanza dei beni usufruiti, dimostra eziandio che quando a tal uopo si possa provvedere con altri mezzi, non si deve ricorrere all'estremo della cessazione dell'usufrutto. L'art. 516, § 2, affida al potere discrezionale dell'autorità giudiziaria il dichiarare tale cessazione, o piuttosto ordinare che l'usufruttuario debba dar cauzione, qualora ne sia esente, o che i beni siano affittati, o posti sotto amministrazione a spese di lui, ecc. È manifesto però che la scelta

è lasciata al tribunale, perchè spetta a lui il giudicare in fatto, secondo le circostanze dei casi, se questi mezzi siano o no sufficienti per guarentire i diritti del proprietario; ma questa scelta non potrebbesi considerare come affatto arbitraria, e finchè sia possibile si deve evitare la soppressione del diritto dell'usufruttuario, salvo al proprietario di ottenere il risarcimento dei danni arrecatigli in passato, e purchè si possa efficacemente guarentirlo per l'avvenire dal rinnovarsi di simili danni. A questi mezzi della cauzione, e del dare in affitto o in amministrazione ad un terzo i beni usufruiti, non accenna particolarmente l'art. 233. Certo non è impedito per questo che il tribunale possa adottarli; poichè anzi gli è attribuita facoltà, in generale, di *dare tutti quei provvedimenti che stimi convenienti nell'interesse del figlio*. Ma è manifesto che quand'anche si potesse assicurare il diritto di proprietà di lui contro il rinnovarsi degli abusi commessi dall'usufruttuario, col sottoporre costui a dare cauzione, coll'affittare i beni, col darli in amministrazione altrui, quand'anche l'usufruttuario medesimo vi si offrisse, potrebbe tuttavia il tribunale determinare la cessazione dell'usufrutto; perchè ciò, secondo lo spirito della legge, prende anche il carattere di una pena civile inflitta al genitore per l'abuso ch'egli ha fatto della patria potestà. Nel che si verifica dunque, come accennammo, una importante differenza in confronto dell'usufrutto ordinario.

300. L'usufrutto legale essendo creazione della legge positiva, è in assoluto ed esclusivo dominio di essa anche la determinazione delle cause per le quali quell'usufrutto, una volta costituito, possa cessare. Da ciò deriva dunque, come altre volte accennammo, che le disposizioni riguardanti questo argomento debbano ritenersi *tassative;* e certo non sarebbe meno arbitrario il far cessare l'usufrutto, costituito per legge, in casi da essa non contemplati, che il farlo sorgere senza che la legge medesima lo stabilisse.

Questo principio ci sembra dover avere non mediocre influenza nella risoluzione d'un dubbio che ora proporremo.

Il codice Francese (art. 386) stabiliva che " l'usufrutto " legale non avrebbe luogo a favore di quello tra i genitori " contro cui fosse stato pronunziato il divorzio ".

Abolito il divorzio, si domandò se quella disposizione fosse applicabile alla separazione personale, sicchè quello dei coniugi contro cui essa fosse pronunziata dovesse perdere l'usufrutto legale sui beni dei figli.

Gli autori rispondevano che no (1); sia perchè sarebbesi inflitta una pena non pronunziata dalla legge, sia perchè neppure i motivi erano identici, essendo la separazione personale dei coniugi ben lontana dal produrre pei figli i medesimi inconvenienti che avrebbe arrecato il divorzio.

Noi però abbiamo nel codice un testo che i commentatori hanno ritenuto contenere l'espressa disposizione di questa pena. L'art. 156 dichiara che " il coniuge, per colpa " del quale fu pronunziata la separazione, incorre nella " perdita dei lucri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge " gli avessi concessi col contratto matrimoniale, *ed anche* " *dell'usufrutto legale* ".

Queste ultime parole furono dagli autori riferite, senza esitanza, all'usufrutto dipendente dalla patria potestà (2).

Per parte nostra confessiamo di dubitarne, e ne diremo le ragioni.

L'art. 150 del progetto ministeriale diceva soltanto che il coniuge, contro il quale fosse pronunziata la separazione, incorrerebbe nella perdita dei lucri dotali e di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avessi concessi col contratto matrimoniale. Fu nell'art. 168 del progetto, modificato dalla

---

(1) V. Proudhon, *Tr. des droits d'usufruit*, ecc., t. I, n. 142; Duranton, t. II, n. 1221; Marcadé, art. 311, § II, t. I, n. 774; art. 387, § VII, t. II, n. 170; Demolombe, t. IV, n. 510; Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, § 550 *bis*, n. 40.

(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 190, n. 2; Borsari, *Comm.*, art. 156, § 397, vol. I, pag. 598-599.

Commissione del Senato, che si aggiunsero quelle parole — *ed anche dell'usufrutto legale.* — Nella Relazione non troviamo cenno dei motivi che abbiano consigliata questa innovazione; forse perchè era abbastanza facile l'indovinarli. Sarebbesi potuto dubitare se l'indicazione, per quanto generica, degli *utili tutti, che l'uno dei coniugi abbia conceduti all'altro nel contratto di matrimonio*, comprendesse anche il godimento dei beni dotali spettante al marito, sicchè di tale godimento incorresse egli nella perdita qualora per colpa sua fosse stata pronunciata la separazione. Se ne sarebbe potuto dubitare, perchè veramente non è questo un *utile conceduto dalla moglie al marito;* ma è piuttosto un mezzo destinato al mantenimento della famiglia, e il marito amministra i beni dotali e ne riscuote i frutti e gl'interessi solo per la qualità sua di capo della famiglia stessa. Pure era naturale e giusto che il marito, colpevole di aver dato causa alla separazione di convivenza, dovesse cessare da quella prerogativa di amministrare i beni dotali, percepirne i frutti, ed erogarli nei bisogni domestici. Era naturale e giusto, non tanto in pena della mala condotta del marito, quanto perchè ne sorgeva ragione di temere che la sregolatezza di lui portasse i suoi effetti anche nell'amministrazione dei beni dotali, le cui rendite venissero rivolte a fomentare i vizi del marito anzichè alla loro destinazione. D'altra parte il togliere al marito l'amministrazione e la percezione dei frutti della dote non poteva arrecare alcun danno pei figli, al mantenimento dei quali la moglie avrebbe sempre dovuto concorrere *in proporzione delle proprie sostanze*, secondo la regola generale dell'art. 138. Per togliere qualunque dubbio, si è stimato opportuno fare un'aggiunta che esprimesse tale concetto. Pertanto quelle parole — *ed anche dell'usufrutto legale* — le reputeremmo riferibili al *godimento dei beni dotali.* Vero è che la denominazione di *usufrutto legale*, mentre conviene nella più rigorosa proprietà di linguaggio al godimento attribuito al genitore che esercita la patria potestà sui beni dei figli che vi sono

soggetti, non può che impropriamente applicarsi al godimento dei beni costituiti in dote: appunto perchè non è questo un diritto che il marito eserciti per interesse individuale proprio, ma nell'interesse della famiglia e come capo di essa. Tuttavia questa significazione impropria è adottata non infrequentemente nel linguaggio comune, e non è strano che il legislatore stesso se ne sia servito questa volta, parlando incidentemente del godimento dei beni dotali e dandogli il nome di usufrutto legale; tanto più avendo detto che " il marito riguardo ai beni dotali *è* " *tenuto a tutte le obbligazioni che sono a carico dell'usufrut-* " *tuario* ", il che porta di conseguenza che goda corrispondentemente tutti i diritti derivanti dall'usufrutto. E che il legislatore abbia veramente voluto disporre così, ci pare che possa argomentarsi dall'oggetto stesso e dallo spirito dell'art. 156. In esso si vollero determinare gli effetti che la separazione di convivenza produce *nei rapporti tra coniugi*. Sarebbe quindi stato fuori di luogo il parlarvi di un altro effetto, che potesse derivarne nei rapporti tra il coniuge per colpa del quale fosse stata pronunciata la separazione, e i figli nati da quel matrimonio; mentre invece è perfettamente coerente, ed ha unità di concetto il dire che per la separazione, il coniuge che vi ha dato causa perde ogni vantaggio che il matrimonio gli attribuiva sui beni dell'altro coniuge, e quindi non solo i lucri dotali, e qualunque utile stipulato nelle convenzioni matrimoniali, ma se il colpevole è il marito, perde anche l'amministrazione e il godimento dei beni dotali. Certo il legislatore avrebbe potuto imporre inoltre come pena civile al coniuge colpevole la privazione dell'usufrutto legale sui beni dei figli; ma la sede in cui sarebbe stato opportuno scrivere una tale disposizione sarebbe stata nel titolo della patria potestà, dove non si trova menomamente accennato che la separazione di convivenza sia tra le cause di estinzione dell'usufrutto legale.

Ma poi sarebbe veramente conforme ai principii, e sa-

rebbe stato opportuno che derivasse dalla separazione dei coniugi la estinzione dell'usufrutto sui beni dei figli?

Della conformità ai principii non sapremmo persuaderci. La separazione non ha altro scopo che di liberare i coniugi dall'obbligo di convivenza e da tutte le conseguenze giuridiche di quest'obbligo. Pel resto non fa cessare gli effetti giuridici del matrimonio neppure tra i coniugi stessi, molto meno rispetto ai figli. La patria potestà continua quindi a sussistere coi suoi effetti ordinari. Non è conseguente che debba continuar pure l'usufrutto legale, che è appunto uno degli attributi della patria potestà? Le cause di separazione, che consistono in fatti colpevoli dell'un coniuge verso l'altro, come potrebbero alterare i rapporti tra il genitore ed i figli, e produrre l'estinzione dell'usufrutto spettante a quello sui beni di questi? Se le sregolatezze del genitore si estendano anche all'esercizio della patria potestà, se di questa egli abusi, la legge ha disposti altri rimedi, altri provvedimenti, nell'art. 233. Ma se osserva pienamente i doveri suoi verso i figli, come mai potrebb'esser privato di quell'usufrutto, che il legislatore ha considerato come un compenso a tali cure, solo perchè si fosse reso colpevole verso l'altro coniuge?

Della opportunità dubiteremmo pure assai. Supponiamo che la legge privi realmente il padre dell'usufrutto sui beni dei figli soggetti alla sua potestà, a cagione delle colpe per le quali egli abbia dato motivo alla moglie di domandare ed ottenere contro di lui la separazione personale. Sarebbe allora applicabile, senza dubbio, a profitto della moglie stessa, la disposizione dell'art. 231, § 2, ed a lei passerebbe quindi l'usufrutto legale, dal quale infatti il padre rimarrebbe escluso *per cause a lui personali*. Ciò diverrebbe un incentivo di più alla moglie per domandare la separazione, che pure la legge vuole giustamente evitare per quanto sia possibile. Diverrebbe poi un ostacolo di più alla riconciliazione dei coniugi, a far cessare di comune accordo la separazione, poichè la moglie verrebbe con ciò

a privarsi del vantaggio dell'usufrutto sui beni dei figli; a meno di ammettere che l'usufrutto non rivivesse a vantaggio del padre neppur col cessare della separazione che era stata causa di estinguerlo; nella quale ipotesi avremmo l'anomalia di vedere in tutto il resto cancellati gli effetti della precedente separazione, ripristinati i rapporti normali che derivano dallo stato coniugale, e tuttavia attribuito l'usufrutto dei beni dei figli alla madre, mentre il padre eserciterebbe la patria potestà.

Per queste considerazioni propenderemmo a concludere che la separazione personale dei coniugi producesse, a tenore dell'art. 156, in danno del marito che vi avesse dato causa, la cessazione dell'amministrazione e del godimento dei beni dotali, ma non la estinzione dell'usufrutto legale sui beni dei figli.

301. Quando si verifichi qualcuna delle cause determinate dalla legge, l'estinzione dell'usufrutto legale è, generalmente, definitiva ed assoluta. Non già che in qualche caso speciale non possa avvenire che l'usufrutto estinto riviva ancora; come abbiam veduto nel caso di rivocazione dell'emancipazione, in quello di annullazione delle nuove nozze contratte dal genitore, e come vedremo potersi pure ordinare dal tribunale, che abbia tolto l'usufrutto al genitore per abuso, secondo la disposizione dell'art. 233. Ma una conseguenza imprescindibile e immutabile del carattere assoluto, che è proprio della estinzione dell'usufrutto legale, consiste nel non potervisi derogare mai per convenzione o disposizione privata. L'usufrutto, come attributo della patria potestà, è in assoluto ed esclusivo dominio della legge. Essa sola lo costituisce, essa sola determina le cause per cui si estingue; e come sarebbe assurdo il pensare che per privata volontà si potesse creare un *usufrutto legale*, così lo sarebbe parimente il pretendere che alle cause di estinzione, che la legge stessa determina, si potesse in qualunque modo per privata volontà derogare.

Il codice Albertino erasi in parte scostato da questa massima ammettendo che " nel caso di emancipazione o " di matrimonio del figlio prima degli anni trenta, il padre " potrà nell'atto stesso dell'emancipazione, o del consenso " che presta al matrimonio, *riservarsi in tutto od in parte* " *l'usufrutto legale;* ma tale riserva non avrà effetto oltre " la sopraddetta età di anni trenta del figlio " (art. 240). Si era forse con ciò voluto ovviare il pericolo che per non perdere l'usufrutto il genitore si astenesse dall'emancipare il figlio, o ricusasse il proprio consenso al matrimonio che egli volesse contrarre.

Ma nel codice attuale non fu conceduta al genitore la facoltà di tali riserve contro la disposizione normale della legge, e ne furono addotti i seguenti motivi:

" Non si ammette il patto di continuazione dell'usufrutto " dei genitori dopo l'emancipazione od il matrimonio dei " figli. Una tale convenzione per parte del figlio, nell'atto " che diventa capace di contrattare, veste l'apparenza di " un correspettivo, di un prezzo dato dal figlio per ottenere " il consenso al matrimonio od all'emancipazione. La legge " non deve autorizzare siffatto mercimonio, perchè essa deve " supporre l'assenso dei genitori inspirato da sentimenti " di un ordine ben superiore agl'interessi pecuniari " (1).

302. Nonostantechè al verificarsi delle cause previste dalla legge la estinzione dell'usufrutto sia, come abbiamo detto, assoluta, e debban quindi cessare indistintamente tutti gli effetti di esso, la legge stessa però ammise una limitazione a questa regola, dispensando, nel concorso di certe condizioni, il genitore dall'obbligo, che normalmente dovrebbe avere, di restituire, oltre ai frutti percetti dopo la estinzione dell'usufrutto e che ancora esistessero, l'equivalente di quelli che avesse consunti. L'articolo 234 dispone infatti così:

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 22.

“ Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato “ a godere i beni del figlio abitante con esso, senza procura “ ma senza opposizione, od anche con procura, ma senza “ condizione di rendere conto dei frutti, egli ed i suoi “ eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti “ al tempo della domanda „.

Una massima affatto somigliante è stabilita pel marito, a cui la moglie abbia lasciato l'amministrazione ed il godimento dei beni suoi parafernali (art. 1429 cod. civ.).

I motivi furono esposti nella Relazione, colla quale fu presentato al Senato il progetto di codice:

“ Compie la serie delle disposizioni relative al godimento, “ che i genitori hanno dei beni dei figli, quella per cui fu “ stabilito che i medesimi non sono tenuti a rendere conto “ di quei frutti che siansi consumati in famiglia dopo la “ maggiore età dei figli, perchè tali frutti devono presu- “ mersi col concorso della volontà dei figli consumati “ nell'uso cui furono destinati.

“ Tale disposizione, analoga a quella che ha luogo tra “ coniugi, quando uno di essi gode i beni dell'altro, è con- “ forme ai principii di equità. Non si può, senza deludere “ la buona fede e la più legittima fiducia, obbligare i geni- “ tori alla restituzione di un cumulo di frutti, che potrebbe “ essere ragguardevole, dopo di averli impiegati in qualche “ maggiore spesa di famiglia, alla quale i figli consentirono “ col silenzio e colla partecipazione.

“ In materia di frutti la buona fede è un titolo suffi- “ ciente; la disposizione in parola altro non è che l'appli- “ cazione di un principio, che la legge sanziona ogniqual- “ volta se ne presenta l'opportunità „ (1).

In quest'ultimo concetto — pel quale si considera questa disposizione dall'art. 234 come una semplice applicazione della massima scritta nell'art. 703, secondo cui “ *il pos-*

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 23.

“ *sessore di buona fede fa suoi i frutti, e non è tenuto a resti-* “ *tuire se non quelli che gli siano pervenuti dopo la domanda* “ *giudiziale* „ — non potremmo veramente acquietarci. Come nota egregiamente il *Borsari* “ il fondamento non è “ nella buona fede, non essendo possibile ignorare che il “ figlio ha superata la età minore, nè dimenticare di averlo “ emancipato „ (1). La *buona fede* infatti dovrebbe nel caso nostro consistere nel *possedere per titolo d'usufrutto, ignorando le cause per le quali il titolo medesimo fosse inefficace* (art. 701 cod. civ.). Ora il titolo d'usufrutto essendo cessato, e il genitore possedendo oramai come semplice depositario ed amministratore di beni altrui, è chiaro non potersi parlare di *possesso di buona fede*, nè quindi di applicazione della regola stabilita nell'art. 703. Nè invero il legislatore stesso ha poi fatta tale applicazione; dalla quale avrebbe dovuto seguire che il genitore *facesse proprii tutti i frutti pervenutigli prima della domanda giudiziale*, ancorchè non li avesse consumati; mentre invece l'art. 234 lo tiene obbligato in ogni caso a *consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda.*

Bisogna dunque cercare altrove il fondamento di questa regola dell'art. 234; e lo si trova — come ha detto il *Borsari* — “ nell'adesione e nel consentimento del figlio “ a protrarre il precedente stato di cose „.

Se il figlio, giunto a maggiore età od emancipato, avesse assunto l'amministrazione dei proprii beni, e ne avesse erogate le rendite in tutto od in parte a benefizio comune della famiglia, potrebbe mai agire contro il padre per ottenere la restituzione di quelle rendite? No certamente. Egli avrebbe fatto un atto di liberalità, di cui i beneficati avrebbero approfittato irrevocabilmente; nessun'azione potrebbe quindi competergli. Ebbene, quando il figlio lascia invece continuare nell'amministrazione e nel godimento dei proprii

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 234, § 549, vol. I, pag. 863.

beni il genitore, il quale ne impiega le rendite a benefizio comune della famiglia, compresovi il figlio medesimo convivente con essa, la legge presume nel figlio la volontà di usare una tale liberalità, e ne trae la stessa conseguenza di negargli l'azione per ripetere le rendite così impiegate. Senza questa presunzione avrebbe potuto accadere che il genitore venisse costretto a restituire in una volta un cumulo di rendite, sulle quali il contegno stesso del figlio gli aveva data ragione di fare assegnamento, come su mezzi rilasciati a benefizio comune della famiglia; e ciò potrebbe essere rovinoso. Ecco sotto quale aspetto entri qui l'elemento della *buona fede;* ecco il punto in cui convengono, quanto al loro fondamento, le due regole degli articoli 234 e 703. Spiegata così la ragione giuridica di questa disposizione, non sapremmo davvero convenire nella censura che da qualche scrittore ne è stata fatta (1).

303. L'art. 234 determina chiaramente le condizioni necessarie affinchè il genitore possa invocare il benefizio di tale disposizione.

Naturalmente si suppone, prima d'ogni altra cosa, che *l'usufrutto legale sia cessato.* Ma sarà dunque applicabile l'art. 234 per qualunque sia la causa che abbia prodotta la cessazione dell'usufrutto? Ci parrebbe strano il pensarlo. Pel fondamento stesso di questa disposizione bisogna poter presumere il tacito assenso personale del figlio a rilasciare le proprie rendite a benefizio comune della famiglia; è dunque indispensabile supporre la capacità civile di lui a disporre delle rendite stesse. Ne seguirà che l'art. 234 potrà applicarsi quando il figlio abbia raggiunta la maggiore età, o sia stato emancipato; ma non negli altri casi di estinzione dell'usufrutto legale.

Le condizioni, a cui sopra accennammo, sono le seguenti:

---

(1) V. Buniva, *Del diritto delle persone,* vol. II, pag. 193-195.

1° che *il genitore abbia continuato a godere i beni del figlio* anche dopo cessato l'usufrutto legale;

2° che contemporaneamente *il figlio abbia abitato col genitore;*

3° che *il figlio non abbia fatta alcuna opposizione;*

4° che, se il figlio abbia data al genitore procura formale per amministrare, non abbia espressa nella procura medesima *la condizione di render conto dei frutti.*

(*a*) La legge parla del genitore *che abbia continuato a godere i beni del figlio.* Si suppone dunque che sia quello stesso genitore che prima esercitava l'usufrutto legale. È troppo evidente; non è già quando il figlio, giunto a stato di capacità, abbia lasciato amministrar le sue rendite dall'uno o dall'altro dei propri genitori, che si presume aver egli voluto rilasciar quelle rendite a benefizio della famiglia. Quella non sarebbe che una semplice amministrazione, soggetta alle norme comuni, secondo le quali l'amministratore deve render conto così della sostanza capitale, come di tutti i frutti percetti. Ma quando è il genitore dal quale era esercitato l'usufrutto, che continua a godere i beni del figlio convivente con lui, senza opposizione, è abbastanza giustificato il presumersi che il figlio non abbia voluto lasciare al genitore una semplice amministrazione, ma consentirgli di continuare nelle condizioni di prima, quanto almeno a quella parte di rendite che vengano consumate pei bisogni della famiglia.

Così non è da dubitare che quando, estinto l'usufrutto legale esercitato fino all'ultimo dal padre, il figlio lasciasse amministrare i proprii beni dalla madre, non sarebbe caso di poter applicare la disposizione dell'art. 234. Non ne sarebbe caso parimente quando il figlio avesse assunta l'amministrazione dei proprii beni, ma dopo qualche tempo l'avesse abbandonata di nuovo allo stesso genitore, che durante la minore età di lui esercitava su quei beni l'usufrutto legale. Non saremmo allora nei termini della legge, poichè il genitore non avrebbe *continuato a godere i beni del figlio*, nè

se ne verificherebbero i motivi, perchè il fatto dell'amministrazione ridata non giustificherebbe la presunzione che il figlio avesse voluto rimettere il genitore in condizioni analoghe a quelle in cui godeva dell'usufrutto.

(*b*) Per seconda condizione si richiede che nel tempo in cui il genitore ha continuato a godere i beni del figlio, questi abbia *abitato con lui*.

Come disse opportunamente il Ministro nella sua Relazione, non è tanto sul *silenzio* del figlio, quanto anche sulla *partecipazione* di lui al godimento in comune delle rendite dei beni suoi, che si fonda la presunzione ch'egli abbia voluto rilasciare le rendite stesse per provvedere ai bisogni del genitore e della famiglia. Pensiamo pertanto che la *coabitazione* sia qui considerata, più che nella materialità del fatto, nel significato ch'esso ha per la partecipazione al godimento in comune delle rendite; sicchè potrebbe accadere, a giudizio nostro, che l'art. 234 non fosse applicabile sebbene potesse dirsi verificata materialmente la coabitazione; come potrebbesi all'opposto applicarlo anche in qualche caso in cui non vi fosse questa materiale coabitazione. Supponiamo, per esempio, che il figlio abbia alloggio nella casa paterna, ma ne faccia vita separata, çoi mezzi che gli somministri il suo lavoro e la sua industria, senza giovarsi in comune colla famiglia delle rendite che il padre v'impieghi traendole dai beni del figlio, che non ne abbia richiamata a sè l'amministrazione. Saremo, se vuolsi, nei termini della legge perchè si potrà dire che il figlio *abita col padre;* ma mancheranno i motivi per poterla applicare, giacchè in questo stato di cose il figlio non partecipando alla vita comune di famiglia, non vi sarà fondamento a presumere che abbia voluto esser liberale di quelle rendite a vantaggio della famiglia stessa. Il padre non avrà dunque allora che una semplice amministrazione, lasciatagli per tacito mandato del figlio; e questi potrà quindi, secondo le norme comuni d'ogni amministrazione di beni altrui, chieder conto di tutti i frutti percetti, salvo

sempre, s'intende, il dover tener conto dell'obbligo degli alimenti che gl'incomba verso i genitori e verso i fratelli e le sorelle.

Supponiamo, all'opposto, che il figlio, dopo avere raggiunta la maggiore età od ottenuta l'emancipazione, continui a vivere in un collegio od istituto nel quale era stato posto, per compiervi la propria educazione ed istruzione; e il genitore continui senza opposizione a godere i beni del figlio, erogando in vantaggio della famiglia ciò che sopravanza delle rendite dalle spese occorrenti pel figlio stesso. Non saremo materialmente nei termini della legge, perchè il figlio *non abita* col padre; ma se ne verificheranno i motivi, perchè il figlio avrà partecipato colla famiglia, nel modo che le circostanze permettevano, al godimento in comune delle rendite proprie; e ciò darà fondamento alla presunzione che il figlio stesso abbia voluto, per liberalità verso la propria famiglia, lasciar procedere le cose nelle stesse condizioni come prima che l'usufrutto legale cessasse.

Reputeremmo pertanto che anche un simil caso potesse comprendersi nel largo significato, che secondo il suo spirito la legge ha voluto dare a quelle parole — *abitante con esso*.

(*c*) Abbiam detto richiedersi ancora che *il figlio non abbia fatto alcuna opposizione*. E questa indicammo come condizione generale, sebbene la legge ne parli soltanto in relazione al caso che il genitore abbia continuato a godere i beni del figlio *senza procura*. Ma crediamo che tale condizione sia di natura sua essenziale per qualunque caso, perchè, se vi è stata opposizione per parte del figlio, essa distrugge fondamentalmente la presunzione legale semplice del consenso di lui. Il contrapporre, che fa la legge, il caso di *procura* ad amministrare data dal figlio, è solo per richiedere allora una condizione di più: che cioè nella procura non sia stata espressa la condizione di render conto dei frutti. Ma quand'anche quest'ultima condizione fosse

verificata, ogni volta che il figlio facesse opposizione al godimento dei beni suoi da parte del padre, ogni volta che dichiarasse di volere da lui il rendiconto dei frutti, ciò basterebbe certamente per rendere inapplicabile la disposizione dell'art. 234. Sarebbe infatti distrutta dal fatto contrario la presunzione della legge che il figlio consentisse a lasciare al genitore le rendite dei propri beni. D'altra parte, come il figlio potrebbe a suo grado revocare il mandato, così può anche modificarlo, togliendone la facoltà tacitamente lasciata al genitore di giovarsi dei frutti dei beni amministrati; e se ciò non ostante il genitore continua ad esercitare il mandato, viene tacitamente ad accertarne anche la modificazione, ed è da quel giorno come se fin da principio la procura fosse stata fatta *colla condizione di render conto dei frutti.*

La legge parla di *opposizione* del figlio, senza nulla prescrivere intorno alla forma di essa. Sono quindi applicabili puramente e semplicemente i principii generali; e basta che sia stata manifestata chiaramente dal figlio la volontà che il genitore cessi dal godere i suoi beni, ancorchè ciò risulti da un atto stragiudiziale, ancorchè anzi sia fatto verbalmente soltanto.

Si può chiedere di più, se basterebbe una specie di opposizione tacita, risultante cioè da circostanze valutabili a prudente criterio dei giudici, dalle quali solo indirettamente e per via d'induzione si traesse la volontà del figlio di togliere il godimento dei proprii beni al genitore. E per parte nostra lo crediamo; perciocchè la legge richiede assolutamente che non vi sia stata opposizione del figlio al godimento dei beni da parte del genitore, e se il figlio ha manifestata in qualunque modo ritenuto chiaro e certo, ancorchè senza dichiarazione espressa, la sua volontà contraria, ciò basta perchè la condizione richiesta non sussista più, perchè la presunzione legale di assenso del figlio non possa più reggersi. Così noi consideriamo questa come una *presunzione semplice*, che ammette qua-

lunque mezzo di prova in contrario, e ciò non ci sembra punto in contraddizione colla regola dell'art. 1353; giacchè questa presunzione, sul fondamento della quale la legge nega al figlio l'azione per chiedere al genitore il conto dei frutti percetti dopo la cessazione dell'usufrutto, non è stabilita fuorchè in quanto non siasi verificata sotto qualunque forma una opposizione da parte del figlio; il che importa che la legge stessa la riconosce come una presunzione non assoluta.

(*d*) L'ultima condizione, speciale pel caso che il genitore amministri i beni del figlio in forza di procura, è che l'atto di essa non contenga la *condizione di render conto dei frutti*. Come *condizione*, supponesi naturalmente che risulti in termini espressi dall'atto. Nondimeno anche indirettamente dalle clausole di esso, od eziandio da circostanze estrinseche, potrebbe emergere l'intenzione del figlio di non lasciare al genitore il godimento dei proprii beni, ma allora si tratterebbe d'una opposizione, intorno alla quale starebbe al prudente criterio dei giudici l'apprezzarla, secondo ciò che dicemmo superiormente.

Del resto, ben s'intende che non è necessario sia usata nell'atto la formola sacramentale della *condizione di render conto dei frutti*. Può bastare qualunque espressione equivalente, purchè ne risulti chiara la volontà del figlio mandante.

304. Verificandosi le condizioni dimostrate nel numero precedente “ *i genitori ed i suoi eredi non sono tenuti* “ *che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda* „.

Alla prima lettura di questa disposizione si affaccia tosto un dubbio. Il genitore sarà in conseguenza di essa esonerato dal dover rendere conto dei frutti da lui percetti, salvo al figlio il provare la sussistenza di quelli dei quali chieda la consegna? Non crediamo potersi giungere a tanto. Cessato l'usufrutto legale, il genitore non ha avuto veramente che l'amministrazione dei beni che ne formavano

oggetto; e come qualunque altro amministratore, è quindi tenuto a render conto non solamente della sostanza capitale, ma anche dei frutti percetti. Non è che per eccezione ch'egli non è tenuto a dare l'equivalente di quelli, tra i frutti da lui raccolti, che non esistano più al tempo della domanda. Secondo le regole comuni intorno all'onere della prova, spetta anzi a lui, per poter approfittare di questa eccezione fatta in suo favore dalla legge, il provare la non esistenza dei frutti percetti che non consegna. Ben s'intende che i giudici terranno conto, nella loro prudenza, della difficoltà di somministrare questa prova, e potranno accogliere anche le semplici presunzioni. Il figlio potrà poi dare prove in contrario.

Secondo il testo è *al tempo della domanda* che devesi considerare la esistenza o no dei frutti. Se però il figlio avesse fatta in altro modo che per domanda giudiziale la opposizione al godimento dei beni per parte del genitore, è chiaro che questi dovrebbe restituire i frutti esistenti al tempo dell'opposizione, e tutti quelli che avesse percetti posteriormente; poichè dal momento dell'opposizione manca una delle condizioni alle quali è subordinata la disposizione eccezionale dell'art. 234, e ritornano quindi applicabili le regole comuni per l'amministrazione dei beni altrui.

I frutti tuttora esistenti presso il genitore devono essere consegnati tutti, senza limitazione neppure pel caso che il genitore avesse regolate le spese della famiglia sui redditi dei beni che il figlio avevagli fino a quel tempo lasciati godere, e fosse tuttora debitore di quelle spese.

Al contrario il genitore o gli eredi di lui non sono tenuti a rendere l'equivalente dei frutti che non esistano più al tempo della domanda o dell'opposizione del figlio. Questa parte della regola stabilita nell'art. 234 merita però qualche speciale considerazione, intorno ai limiti entro i quali è applicabile. In conformità dei motivi, che abbiamo sopra riferiti, di questa disposizione, non è al semplice fatto materiale del non esistere attualmente quei frutti presso

il genitore, che debbasi avere riguardo. È solo quando i frutti siano stati impiegati pei bisogni della famiglia, nella quale conviveva il figlio stesso, che secondo lo spirito della legge il genitore è dispensato dal doverne restituire l'equivalente; perchè si presume che siano stati adoperati a tale uso col consenso del figlio proprietario.

Supposto dunque che i frutti fossero stati alienati, ma il genitore ne serbasse il prezzo, il figlio avrebbe diritto di reclamarlo.

Ma supponiamo invece che il genitore abbia rivolto quel prezzo in aumento del proprio patrimonio, facendo, per esempio, un acquisto, o pagando un debito. Potrà esimersi dal restituire la somma al figlio? Attenendosi alle sole parole della legge, la risposta dovrebb'essere affermativa: poichè i frutti non sono più *sussistenti al tempo della domanda*, e il genitore non ha neppur più presso di sè il prezzo che rappresentava quei frutti. D'altra parte, potrebbe osservare taluno che non vi sarebbe luogo a restituzione se l'usufrutto non fosse cessato; e che, anche dopo avvenuta questa cessazione, il figlio lasciando continuare il genitore a godere i proprii beni, acconsente, per presunzione di legge, a protrarre lo stesso stato di cose. Quest'ultima idea però sarebbe tutt'altro che esatta. Non è una continuazione anomala dell'usufrutto legale, che sia stabilita dall'art. 234. Solo si è voluto, come ripetemmo poco sopra, che il genitore non possa esser costretto, con pericolo di grave disastro economico, a rendere l'equivalente dei frutti che col presunto consenso del figlio abbia adoperati a benefizio comune della famiglia per sostenere le spese del mantenimento di essa. Questo favore eccezionale non può però essere applicato fuori dei limiti che sono nello spirito della legge, permettendo al genitore di aumentare la propria sostanza patrimoniale a danno del figlio.

Può darsi caso che i beni del figlio siano stati in parte soltanto soggetti all'usufrutto legale, e che uscendo di patria potestà egli li abbia lasciati tutti in amministrazione

al genitore. E come la disposizione dell'art. 234 è fatta solo pei beni che già furon compresi nell'usufrutto legale, se dopo la cessazione di esso il figlio ne lascia continuare al genitore il godimento, così è chiaro che nel caso supposto sarebbe unicamente di quelli caduti già in usufrutto, che il genitore dovrebbe consegnare al figlio i soli frutti sussistenti al tempo della domanda; mentre per gli altri beni dei quali avrebbe sempre avuto, come durante la patria potestà, la semplice amministrazione, dovrebbe render conto di tutti i frutti indistintamente, a meno che, s'intende, fosse provato essere stata volontà del figlio di usarne liberalità al genitore.

Sezione III.

Di alcune speciali limitazioni, stabilite dalla legge, alle regole comuni circa l'esercizio della patria potestà.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 305. Idee generali e partizione della materia.

305. Indipendentemente dalle cause per le quali vedremo nel capo successivo avvenire la estinzione del diritto di patria potestà, la legge ne ammette per particolari circostanze alcune, le quali, pur sussistendo la patria potestà stessa, ne limitano solamente l'esercizio nella persona che ne è investita. Ciò si verifica nei casi seguenti:

1° quando il genitore, che esercita la patria potestà, ne abusi;

2° quando il padre abbia imposte condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni;

3° quando la madre passi a nuovo matrimonio;

4° quando alla morte del marito, trovandosi incinta la moglie, venga nominato un *curatore al ventre*.

Di ciascuno di questi argomenti tratteremo in separati paragrafi.

§ I. — *Delle limitazioni che la legge stabilisce circa l'esercizio dei diritti di patria potestà, pel caso che il genitore ne abusi.*

306. Parlando più volte incidentemente delle conseguenze che può avere, secondo l'art. 233, sull'esercizio di certi attributi della patria potestà l'abuso che di questa sia commesso dal genitore, riservammo sempre di trattare più ampiamente di quella disposizione. Della quale già adombrammo il concetto fondamentale, dicendo che i provvedimenti ammessi dal predetto articolo non sciolgono i vincoli della patria potestà civile, e non fanno che apportare qualche limitazione all'esercizio degli attributi di essa (1). Veramente intorno a questo punto fondamentale non vi è uniformità d'opinioni tra i commentatori. Ed un illustre scrittore ha considerato l'abuso come una delle cause per cui si estingue la patria potestà (2). Ma reputiamo vera e perfettamente conforme alla legge la massima che i provvedimenti ammessi dall'articolo 233 apportino bensì varie limitazioni nell'esercizio degli attributi di patria potestà, ma non la tolgano assolutamente al padre e ne lascino tuttavia in certi rapporti esercibili per lui i diritti.

Ciò infatti non può neppur presentare difficoltà per alcuni di quei provvedimenti. Se il tribunale avrà nominato un *curatore ai beni* del figlio, se avrà privato il genitore dell'usufrutto in tutto od in parte, se avrà ordinato altri

---

(1) V. sopra, n. 182, pag. 409.
(2) V. Buniva, op. cit., pag. 205.

provvedimenti speciali, qual sarebbe il collocamento del figlio in un collegio od istituto di educazione, ciò varrà a modificare parzialmente e limitare l'esercizio di alcuni attributi della patria potestà, il diritto d'amministrazione, quello d'usufrutto, od anche l'autorità stessa sulla persona del figlio; ma la patria potestà non sarà estinta, e rimarranno anzi esercibili tutti i diritti che ne derivano, fuor di quello che è stato diminuito in virtù della data ordinanza. Se mai, qualche dubbio potrebb'esservi rispetto al caso che il tribunale avesse *provveduto per la nomina di un tutore alla persona del figlio*, come si esprime il citato articolo 233. Ed è appunto a questo che si riferisce il *Buniva*. " Dacchè — egli dice — la legge prevede che si possa " nominare un *tutore* ai figliuoli, siccome non si può con- " ciliare la *tutela* colla *patria potestà*, è giuocoforza con- " chiudere che accordi all'autorità giudiziaria la facoltà " di pronunziare la decadenza della patria potestà „.

Certo è che lo stato di tutela non può coesistere con quello di soggezione alla patria potestà; e noi pure l'abbiamo in più occasioni fatto notare. Ma sta poi veramente che l'articolo 233, permettendo la *nomina d'un tutore alla persona del figlio*, apra per quest'ultimo un nuovo stato di tutela? Qui è la questione; nè crediamo che il testo nè lo spirito della legge permetta di risolverla affermativamente; epperò non sapremmo ammettere la conclusione che sia accordata al tribunale la *facoltà di pronunciare la decadenza della patria potestà;* facoltà che, del resto, ci parrebbe enorme.

L'art. 241 stabilisce tassativamente per quali cause si apra la tutela; e dichiara che ciò avviene quando *ambidue i genitori siano morti, dichiarati assenti, o siano incorsi per effetto di condanna penale nella perdita della patria potestà.* Nessun cenno della condanna civile *per abuso*, a tenore dell'art. 233. Ma, si obbietta, è nominato *un tutore*, dunque vi è *stato di tutela*. La conseguenza è troppo generale rispetto alla premessa da cui si deduce. Può esservi un

tutore, e quindi una tutela, senzachè però si tratti di un *vero stato di tutela*, ordinario e generale, che solo è inconciliabile colla patria potestà. Vi è una tutela, nel senso più generale di questa parola, anche quando si dà un *tutore temporaneo* ai figli minori del presunto assente, secondo l'art. 47 cod. civile. Forsechè sono essi allora costituiti in vero stato di tutela, e la patria potestà rimane estinta? No certamente; poichè l'art. 241 ci accerta che è solo la *dichiarazione di assenza* che fa luogo all'aprimento della tutela. Qui veramente siamo in una condizione diversa; ma anche la nomina d'un tutore alla persona del figlio, per l'abuso di patria potestà commesso dal genitore, può avere un effetto *temporaneo*, perchè — come dimostreremo più innanzi — tutti i provvedimenti ammessi dall'art. 233 sono rivocabili per nuova disposizione del tribunale. Inoltre se la patria potestà fosse estinta, subentrandole un nuovo stato di tutela, dovrebbero cessare tutti gli attributi di quella, e il figlio rimanere soggetto soltanto all'autorità del tutore e del consiglio di famiglia. Può ammettersi che sia veramente così, secondo il disposto dell'art. 233? I provvedimenti ch'esso affida alla discrezione del tribunale sono speciali e diretti unicamente a riparare agli abusi commessi dal genitore nell'esercizio della patria potestà. Tanto devono estendersi quei provvedimenti, e non più, quanto richieda il bisogno nell'interesse del figlio. La nomina di un *tutore alla persona di lui* è permessa pel caso che il genitore violi o trascuri i propri doveri verso la persona stessa del figlio. Congruamente l'ufficio di quel tutore dev'essere di curare il mantenimento, l'educazione ed istruzione del figlio, a cui mal provvedeva il genitore. L'andar più oltre eccederebbe i motivi e l'intendimento della legge. E se non si tratti di questo, per cui è nominato il tutore, ma di esercitare atti di pura autorità rispetto al figlio, il compierli spetterà ancora al genitore, a cui la patria potestà appartiene, nulla essendovi in ciò di comune col mantenimento nè colla educazione nè colla istruzione del

figlio, che diede luogo a nominargli un tutore. Così se si tratti di consentire al matrimonio del figlio, sarà il genitore, e non il consiglio di famiglia, che dovrà prestare il consenso (art. 63, 65 cod. civile). Se il figlio voglia darsi in adozione, sarà ancora il genitore, e non il consiglio di famiglia, che dovrà acconsentirvi (art. 208, § 2, 209 codice civile). L'emancipazione, se ne sia caso, dovrà pure esser fatta dal genitore, e non dal consiglio di famiglia (art. 311 cod. civile). Inoltre niuno potrebbe certo sostenere che per la sola nomina, fatta dal tribunale, di un tutore alla persona del figlio, il genitore rimanesse privato dell'usufrutto legale, mentre il testo stesso considera questo come un provvedimento speciale, che il tribunale può ordinare anche senza nominare un tutore, ma che può anche non dare nonostante questa nomina. Ed è chiaro che la conservazione dell'usufrutto legale, che pure è tra gli attributi della patria potestà, è affatto inconciliabile coll'idea dell'estinzione della potestà stessa. Tutto ciò conferma dunque la massima che neppur la nomina d'un tutore alla persona del figlio, per applicazione dell'art. 233, non porta decadenza assoluta dalla patria potestà, ma solo una limitazione nell'esercizio degli attributi di essa (1).

Per addentrarci nella piena dimostrazione di questo articolo 233, divideremo la trattazione dell'argomento nei seguenti quesiti:

1° Quali cause speciali possano dar luogo ai provvedimenti per abuso di patria potestà;

2° Quali persone possano fare istanza affinchè simili provvedimenti siano pronunciati;

3° Quali siano, in proposito, le forme di procedimento da seguirsi;

4° Quali specie di provvedimenti possano essere decretati.

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 233, § 545, II, A, pag. 857-858.

307. (*a*) Quanto ai fatti, che siano da considerarsi come costituenti abuso della patria potestà, e giustificanti perciò i provvedimenti che l'autorità giudiziaria possa ordinare, la legge ne ha rimesso la determinazione, la constatazione, l'apprezzamento al prudente criterio del tribunale. Non era possibile far di meglio, atteso all' indefinita varietà dei casi che possono presentarsi. Solo per dettare una norma generale, che servisse di guida alle decisioni dei magistrati, si è indicato come gli abusi, da cui sorgano motivi di speciali provvedimenti, possano verificarsi sì nell'una che nell'altra delle due grandi parti in cui si dividono gli uffici della patria potestà: o nell'esercizio dell'autorità sulle persone dei figli, o nel governo dei loro beni. Tale è infatti il concetto espresso in quelle parole: " se il genitore abusa della patria potestà, *violandone o* " *trascurandone i doveri*, o *male amministrando le sostanze* " *del figlio* ".

È da notare però che parlando di *mala amministrazione delle sostanze del figlio*, vi s' intende compresa non solo l'amministrazione propriamente e semplicemente tale, che si esercita sui beni non soggetti all'usufrutto legale, ma quella eziandio che dipende dall' usufrutto medesimo. Abbiam già visto infatti che anche nel caso di *abuso dell'usufrutto legale*, sia distruggendo o deteriorando la sostanza dei beni che vi sono soggetti, sia omettendo le diligenze necessarie per la conservazione di essi, sia, in fine, lasciando inadempiti gli oneri inerenti all'usufrutto medesimo, è sempre la disposizione dell'art. 233 che dev'essere applicata, piuttostochè quella dell'art. 516, riguardante l'usufrutto ordinario (1).

Potrebbesi dubitare se la *notoria incapacità ad amministrare* darebbe luogo contro il genitore ai provvedimenti ammessi dall'art. 233, come dà luogo alla *rimozione* contro il tutore (art. 269, n. 3, cod. civile). Reputeremmo neces-

---

(1) V. sopra, n. 299, pag. 839 e seguenti.

saria in questo proposito una distinzione tra le diverse specie di provvedimenti ammessi dall'art. 233. Essi hanno un carattere comune, consistente nell'essere mezzi di cautela stabiliti nell'interesse del figlio, per guarentire in favor suo l'adempimento di tutti i doveri inerenti alla patria potestà. Uno però di quei provvedimenti — cioè la privazione totale o parziale a danno del genitore del diritto di usufrutto sui beni del figlio — ha inoltre un suo carattere speciale, di *pena civile*, da potersi infliggere al genitore stesso per gli abusi da lui commessi nell'esercizio della patria potestà.

Ora, la sola incapacità ad amministrare non potrebbe giustificare l'applicazione d'una pena civile. È vero che l'amministratore di beni altrui è responsabile del non avere adempite le obbligazioni proprie colla ordinaria diligenza di un buon padre di famiglia; nè gli sarebbe lecito scusarsi per la minor diligenza ch'egli suolesse usare negli affari suoi o per la propria incapacità. Ma ciò riguarda solo appunto la responsabilità pel risarcimento dei danni derivanti dalla mala amministrazione; non potrebbe spingersi fino a sottoporre ad una sanzione, che avesse carattere di pena civile, colui al quale non fosse imputabile dolo, nè colpa in cui fosse incorso per omissione sua. Reputeremmo pertanto che per semplice incapacità ad amministrare non potesse infliggersi al genitore la privazione dell'usufrutto legale. Ma ben potrebbero prendersi altri provvedimenti: nominando un curatore ai beni, o stabilendo cautele simili a quelle che la legge ammette pel caso in cui l'usufruttuario non possa dare cauzione sufficiente, o in quegli altri modi che le circostanze suggerissero alla prudenza dell'autorità giudiziaria. Questi altri provvedimenti infatti non hanno alcun carattere di pena, e mirano al solo scopo di guarentire gl'interessi del figlio; il che è di tutta giustizia, quand'anche non sia imputabile al genitore nè dolo nè colpa.

Nondimeno è da avvertire che non basterebbe la inca-

pacità ad amministrare, quand'anche se ne potesse allegare la notorietà, se però una tale incapacità non si fosse di fatti manifestata anche nell'amministrazione stessa dei beni del figlio. La legge, che ha stabilita l'esclusione dalla tutela, anche prima ch'essa sia assunta, pel solo fatto di una notoria incapacità di amministrare, nulla ha dichiarato di simile rispetto alla patria potestà; e solo contro il genitore che abbia abusato della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri, o *male amministrando le sostanze del figlio*, ha lasciato in facoltà dei giudici il determinare quei provvedimenti che riconoscano più opportuni. Ci par dunque giustissima la massima insegnata dal *Borsari:* che l'art. 233 non permette di *colpire abusi che non siansi ancora verificati, di applicare misure preventive in vista di pericoli temuti;* che solo " quando dei fatti sono già verificati, i " quali determinarono l'attenzione e le misure preventive " del magistrato, allora si può far ragione anche dell'av- " venire, prevedendo da tali cause altre conseguenze pos- " sibili, e antivenirle „ (1).

308. (*b*) Le persone, che possono invocare l'applicazione dei provvedimenti permessi dall'art. 233, sono in esso chiaramente determinate. Vi è detto infatti che il tribunale potrà provvedere " sull'istanza di alcuno dei parenti " più vicini, od anche del pubblico ministero „. Anche un solo dei parenti del grado più prossimo al figlio potrebbe dunque presentare quella istanza. Ma essendovi presenti e capaci parenti più prossimi, non crederemmo che altri in grado più remoto potessero arrogarsi di provocare contro il genitore i provvedimenti, che quelli non reputassero opportuno di promuovere. Veramente abbiamo contraria l'opinione del *Borsari*, il quale, pure ammettendo che " la " legge aggradisca di più l'istanza dei prossimiori, che

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 233, § 547, vol. I, pag. 861.

" hanno un interesse molto più deciso, e non si presente-
" rebbe con molto favore un'istanza di parenti remoti,
" mentre i più vicini si mantengono in silenzio „, soggiunge che " con tutto ciò l'oggetto è così rilevante che
" *il tribunale dovrà occuparsene*, e sentire il pubblico mini-
" stero, pel qual mezzo si potranno ottenere informazioni
" opportune. Se nulla si riscontri che meriti seria atten-
" zione, si asterrà dal pronunciare, lasciando al zelante
" congiunto di procedere nella via contenziosa se gli piaccia
" di farlo „ (1). Come potrebbero procedere in via contenziosa parenti i quali non hanno alcun interesse proprio che possa formar base alla loro azione, nè hanno qualità per agire in rappresentanza del figlio, il cui solo interesse è impegnato in tali vertenze, confessiamo di non sapere comprendere. Ma, a parte ciò, reputiamo affatto arbitrario il deferire anche ai parenti remoti una facoltà che la legge riserva espressamente ai soli *parenti più vicini*. Non sapremmo scorgere il perchè di questa espressione, ammettendo che anche i parenti più lontani potessero agire. Ed essa ci sembra poi tanto più significativa, confrontandola con quella usata per altri casi, in cui si diede facoltà di agire nell'interesse del figlio *ai parenti* suoi, senza aggiungere la condizione che fossero i *più vicini* (art. 221, § 2, 226, § 2, cod. civile). D'altra parte non è difficile trovar ragione di tale differenza. Quando si tratti di cause che rendano necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, è impegnato in ciò l'ordine pubblico, la moralità, l'onore stesso della famiglia, oltre all'interesse morale del figlio: è quindi giustificato che a qualunque delle persone facenti parte della famiglia si lasci facoltà di agire. Se si tratti d'una accettazione di eredità, che il padre non possa o non voglia fare, l'interesse è veramente tutto privato del figlio — quantunque si possa scorgere di lontano anche

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 233, § 548, vol. I, pag. 862.

un interesse eventuale dei parenti, per la successione del figlio, alla quale potrebbero esser chiamati — ma ad ogni modo non avendosi da agire direttamente contro il padre, ma solo da ottenere autorizzazione per accettare in nome del figlio l'eredità a lui devoluta, si spiega ancora che qualunque dei parenti sia ammesso a fare l'istanza. Nel caso dell'art. 233 si provvede invece direttamente contro il genitore per cosa che è d'interesse soltanto del figlio. Il che giustifica abbastanza che in affare tanto delicato si conceda la facoltà di agire ai soli *parenti più prossimi*. Nè con ciò si lascia senza protezione il figlio pel caso di connivenza o di trascuranza dei parenti a lui più vicini, nè si toglie anche ai più remoti ogni mezzo di poter venire in soccorso di lui; dappoichè la legge deferisce anche al ministero pubblico di poter richiedere al tribunale i provvedimenti opportuni, al qual ministero nulla vieta che possano presentare rimostranze in proposito, non solo i parenti più lontani del figlio, ma le stesse persone estranee, che per tal modo riusciranno indirettamente a promuovere ciò che è d'interesse del figlio.

Si è pensato anche se il figlio stesso direttamente possa fare istanza pei fini dell'art. 233. Qualche autore lo ha sostenuto, dicendo che nel testo " non leggiamo scritto " che in un caso imprevisto, perchè molto improbabile, " ma pure possibile, che tutti cioè abbandonino un figliuolo " il cui padre abusa dei suoi poteri, gli sia assolutamente " vietato di agire di per sè per salvare la sua sostanza dal " disperdimento che ne faccia il padre, e forse per salvare " sè stesso dalle conseguenze dei disordini del suo genitore "; che d'altronde può servire di argomento di analogia la facoltà data dalla legge al minore, giunto all'età di 16 anni, di assistere alle adunanze del consiglio di famiglia; che, in fine, se si negasse al figlio di ricorrere direttamente al tribunale, " sarebbe fallito compiutamente " il còmpito della legge, e il figlio rimarrebbe indifeso ed " in piena balìa del padre, che ne potrebbe a suo bell'agio

" dissipare le sostanze e comprometterne sotto tutti gli
" aspetti l'avvenire „ (1).

Questi argomenti però non ci sembrano, in verità, abbastanza efficaci. Non era necessario che la legge parlasse per escludere il figlio dal poter fare direttamente contro il padre la istanza pei provvedimenti ammessi dall'art. 233. Sarebbe piuttosto stato indispensabile che dichiarasse se glielo avesse voluto permettere; perchè appunto si tratta di una facoltà straordinaria ed eccezionale conceduta dalla legge, e limitata quindi esclusivamente alle persone a cui essa l'attribuisce. D'altronde non è cosa nuova, è anzi stabilito giustamente come massima fondamentale, che il figlio soggetto a patria potestà non possa porsi in diretto conflitto col genitore che la esercita, presentando egli stesso reclami all'autorità giudiziaria. Per derogare a questa regola sarebbe pur necessaria una disposizione espressa della legge; la quale quando lo ha voluto non ha mancato di dichiararlo, come fece nell'articolo 226, § 2, rispetto al ricorso per ottenere autorizzazione ad accettare una eredità, ed in tal caso si è potuto così disporre senza neppur contraddire alla massima generale surricordata, perchè non si tratta veramente di porsi in diretto conflitto contro il genitore, ma solo di fare un atto di accettazione ch'egli non ha potuto o voluto emettere.

Non sapremmo poi trovar nesso sufficiente di analogia colla facoltà, data al minore soggetto a tutela, che abbia compiuti i 16 anni, di assistere alle adunanze del consiglio di famiglia, senza voto deliberativo (art. 251, § 3, codice civile), per argomentarne che il minore soggetto a patria potestà possa presentare egli stesso contro il genitore il reclamo di cui parla l'art. 233.

Quanto al timore che il figlio, non potendo agire personalmente, rimanga indifeso in piena balìa degli arbitrii e degli abusi del genitore, noi crediamo che il pericolo sia

(1) V. Buniva, op. cit., vol. II. pag. 206.

gravemente esagerato. Nulla vieta al figlio di presentare le sue rimostranze al pubblico ministero; il quale se nondimeno non si deciderà a fare istanza al tribunale affinchè siano dati i provvedimenti rimessi dalla legge in suo potere, sarà perchè riconoscerà mal fondati i reclami del figlio; e in tal caso non sarà certo un male che questi non riesca a molestare ingiustamente chi esercita su di lui la patria potestà.

309. (*c*) Rispetto alle forme di procedimento, la legge non ne traccia di speciali. Onde sembra certo non doversene seguire altre che le comuni, stabilite dal codice di procedura civile *per le materie da trattare senza contraddittore* (art. 778-782 cod. proc. civile). E qui infatti non vi ha contraddittore, nel senso legale della parola; poichè non v'è una parte che agisca contro l'altra mediante citazione, nè s'invoca una sentenza che decida sopra un diritto contestato. Chi promuove i provvedimenti in favore del figlio non ha un interesse proprio su cui fondare un'azione, nè ha qualità per rappresentare nel procedimento il minore agendo in nome di lui, giacchè è un parente più o meno prossimo od il pubblico ministero. Agisce in virtù di facoltà conferitagli straordinariamente, e per considerazioni d'ordine anche pubblico, dalla legge; lo fa col mezzo d'un semplice *ricorso*, non d'una citazione; e ciò che invoca non è una sentenza che dirima una contestazione, ma un semplice *provvedimento*, un atto di autorità, che il tribunale interponga nell'interesse e per protezione del minore. Il genitore, contro il quale il provvedimento è domandato, dovrà naturalmente esser sentito, ma non sarà un vero contraddittore; poichè non si agita una contestazione tra due parti, l'una delle quali pretenda contro l'altra un diritto che voglia far dichiarare, ma si provoca solo un atto protezionale dell'autorità giudiziaria a favore del minore, i cui interessi morali o materiali sono posti in pericolo.

Non parrebbe quindi esatto un concetto espresso dal *Borsari*, il quale dividerebbe questo procedimento in due stadi: nel primo dei quali, sovra semplice ricorso dei parenti o del pubblico ministero, il tribunale non farebbe che dare le disposizioni provvisorie e d'urgenza che il caso richiedesse, rimandando poi chi vi ha interesse ad agire in via contenziosa (1). Or questo ci sembrerebbe un rito tutt'affatto diverso da quello che la legge ha stabilito. Essa non distingue stadi diversi nel procedimento; non ordina, come pure ha fatto in altri casi, che si debba preventivamente pronunciare sull'ammissibilità della domanda, per dar luogo poi ad un separato giudizio sul merito. Se fosse così, in quest'ultimo stadio non sarebbero più il parente o i parenti di grado più prossimo o il pubblico ministero che potrebbero comparire come parti nel procedimento contenzioso, ma dovrebbe agire il minore stesso rappresentato da un curatore speciale, come avviene ogni volta che vi sia conflitto d'interessi col genitore. Ma l'articolo 233 non ha parola che accenni a ciò. All'opposto vi è detto che *sulla istanza dei parenti o del pubblico ministero il tribunale potrà provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio o di un curatore ai beni di lui, privare il genitore dell'usufrutto in tutto ed in parte, o dare quegli altri provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse del figlio.* Ciò accenna evidentemente ad un unico procedimento, il cui inizio è nell'istanza dei parenti o del pubblico ministero, e la definizione è nel provvedimento che il tribunale può emanare. Tutto dunque si compie in questa forma, secondo le regole degli art. 778-782 cod. proc. civ.; nè vi è bisogno d'un separato procedimento contenzioso. Tale almeno, se non erriamo, sarebbe il concetto della legge.

310. (*d*) Come abbiamo già osservato, i provvedimenti da darsi, in conseguenza dell'abuso di patria potestà

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 233, § 548, vol. I, pag. 861.

commesso dal genitore, sono lasciati in tutto alla prudenza dell'autorità giudiziaria. Non era possibile dettar norme generali ed assolute; perchè secondo la natura dei fatti costituenti l'abuso, secondo le circostanze, che suggeriscono i modi più opportuni per riparare a tali abusi e per impedire che si rinnovino, possono essere indefinitamente variabili i provvedimenti che offrano maggiore convenienza. Affidarsi pienamente al criterio dei tribunali era dunque il miglior consiglio, e fu seguìto. Tuttavia il legislatore ha indicato alcune principali determinazioni che si possono prendere: " *provvedere per la nomina di un tutore alla per-* " *sona del figlio o di un curatore ai beni di lui, privare il* " *genitore dell'usufrutto in tutto od in parte* „.

È evidente la relazione che esiste tra i diversi casi di abuso previsti nel medesimo art. 233, e i mezzi di provvedimento ch'esso accenna. Se il genitore avrà *violati o trascurati i doveri della patria potestà verso la persona del figlio*, sarà caso di poter nominare a questo un *tutore*. Se avrà *male amministrate le sostanze del figlio*, sarà caso di potergli destinare un *curatore ai beni*. La privazione totale o parziale dell'usufrutto sarà inflitta più comunemente nei casi di abuso dell'usufrutto medesimo, quando il genitore abbia alienati o deteriorati i beni, o li abbia lasciati perire o deteriorare per mancanza di ordinarie riparazioni, od abbia mancato all'adempimento degli oneri inerenti all'usufrutto; ma nulla vieta al tribunale di applicarla eziandio per mala amministrazione di altri beni del figlio non soggetti allo usufrutto legale, o per abuso della patria potestà nell'esercizio dell'autorità sulla persona del figlio; perchè la privazione di quel diritto è considerata nell'art. 233 anche come una *pena civile*, che può essere irrogata a prudente giudizio del tribunale per la infrazione di qualunque dovere dipendente dalla patria potestà (1).

---

(1) V. sopra, n. 299, pag. 839 e seguenti.

Ciascuno dei provvedimenti sopra indicati, e previsti espressamente dalla legge, merita qualche speciale osservazione.

Primo tra essi è, come vedemmo, la *nomina d'un tutore alla persona del figlio*. Già dimostrammo che nondimeno non si apre pel figlio un vero stato di tutela; che la patria potestà viene limitata nell'esercizio di alcuni suoi attributi, a danno del genitore che si è reso colpevole di abuso, ma non è estinta (1). Certi attributi della patria potestà cessano necessariamente per la nomina d'un tutore alla persona del figlio, e si trasferiscono al tutore stesso. Sono quelli che riguardano la custodia, l'educazione e l'istruzione del figlio; poichè se rimanessero ancora al genitore colpevole di abuso, non si comprenderebbe più il perchè della nomina d'un tutore, nè in che consistesse il suo ufficio. Nondimeno anche in questo rapporto non si può dire destituita d'ogni effetto l'autorità derivante al genitore dalla patria potestà di cui ha abusato. Egli conserverà il diritto di *vigilare la educazione del figlio*, come lo conserva quando in seguito alla separazione tra coniugi sia stato dichiarato dal tribunale che uno di essi debba tenere presso di sè i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione (art. 155 cod. civ.). La posizione è affatto analoga. Il coniuge separato, a cui sono affidati i figli, ha rispetto ad essi la medesima missione che è data al tutore nominato alla persona del figlio il cui genitore ha abusato della patria potestà; e il genitore, a cui fu tolta la custodia, l'educazione ed istruzione dei figli proprii, si trova nell'un caso e nell'altro in identica condizione. Ragion vuole adunque che lo stesso diritto di vigilare l'educazione del figlio sia mantenuto del pari in ambidue i casi al genitore, come attributo della patria potestà ch'egli conserva. Ben s'intende però, che appunto per essere affidata al tutore la custodia, educazione ed istruzione del figlio, tutto

---

(1) V. sopra, n. 306, pag. 863 e seguenti.

si riduce pel genitore, che ne fu privato in causa di abuso, ad una semplice *vigilanza;* nè potrebb'egli dare alcuna disposizione, salvo solo il ricorrere al tribunale pei provvedimenti opportuni, quando appunto la vigilanza da lui esercitata gliene facesse scoprire il bisogno (1).

Vi sono poi attributi della patria potestà che non sono trasferibili al tutore nominato alla persona del figlio, epperò rimangono necessariamente sempre al genitore, nonostante l'abuso da lui commesso e la nomina conseguente del tutore; e sono, come già notammo, tutti quelli che non riguardano l'educazione e l'istruzione del figlio, ma si risolvono in meri atti di autorità sulla persona di lui, come il consenso al matrimonio o all'adozione, e l'emancipazione.

Infine vi sono altri attributi della patria potestà che possono cessare quando sia nominato un tutore alla persona del figlio, ma bisogna che ne sia stata fatta espressa e speciale dichiarazione nel provvedimento decretato dal tribunale. Così abbiam veduto che la nomina, ordinata dall'autorità giudiziaria, d'un tutore alla persona del figlio, non basta di per sè sola a produrre la estinzione del diritto di usufrutto legale a danno del genitore colpevole di abuso. Come osservammo, questi due provvedimenti sono indicati nell'art. 233 come affatto distinti. Il tribunale può, al certo, applicarli contemporaneamente; ma l'applicazione d'uno di essi non trae seco, quasi ne fosse necessaria conseguenza, anche l'altro. Lo stesso dicasi per l'amministrazione di quei beni che non fossero soggetti all'usufrutto legale. Anche qui possiam ripetere del pari che la nomina d'un tutore alla persona del figlio e quella d'un curatore ai beni di lui sono due provvedimenti considerati nell'art. 233 come affatto distinti, e dei quali l'uno non implica l'altro. Anche le cause, che dànno fondamento a ciascuno di tali provvedimenti, sono infatti del tutto separate e diverse: consistendo l'una nell'abuso della patria potestà, *sulla persona*

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 233, § 545 A, vol. I, pag. 857.

del figlio, l'altra nella *mala amministrazione* delle sostanze di lui. Certo è che se in ambidue questi aspetti siasi verificato abuso della patria potestà, il tribunale potrà decretare l'uno e l'altro provvedimento ad un tempo, e potrà anche cumulare nello stesso individuo le due qualità di *tutore alla persona* e di *curatore ai beni* del figlio. Ma se siasi abusato della patria potestà quanto all'esercizio dell'autorità sulla persona del figlio, e tuttavia siansi amministrati i beni da buon padre di famiglia, il genitore potrà ancora conservare l'amministrazione dei beni, non ostante la nomina di un *tutore alla persona* del figlio; e la conserverà ogni volta che il tribunale non abbia decretato espressamente il contrario.

Da tutto ciò risulta chiaro come si abbia qui tutt'altro che una tutela ordinaria e generale. Essa è di un'indole affatto speciale; e i poteri che ne sono conferiti al tutore si limitano, generalmente, alla sola custodia, alla educazione ed istruzione del figlio, in ogni caso poi lasciano sempre sussistere alcuni degli attributi della patria potestà, che non possono trasferirsi al tutore e rimangono quindi necessariamente al genitore, nonostante l'abuso da lui commesso e pel quale fu nominato un tutore alla persona del figlio.

I principii comuni, stabiliti dalla legge per la tutela generale ed ordinaria, non sono dunque applicabili a questa. E ciò si osserva non solo per l'esercizio della tutela, come sopra abbiam dimostrato, ma eziandio quanto alla determinazione della persona del tutore, e quanto alle cause per cui la tutela finisce. Non vi è qui luogo alla distinzione di tutela *testamentaria*, *legittima* e *dativa*. È esclusivamente *dativa*; nè questa ancora ha luogo per nomina fatta dal consiglio di famiglia (art. 245 cod. civ.), perchè secondo l'art. 233 spetta al tribunale stesso di nominare direttamente il tutore. E quantunque sia naturale che si preferisca chi nella tutela ordinaria e generale avrebbe la qualità di tutore legittimo, secondo l'art. 244, pure possono esservi

ragioni che consiglino, nella specialità delle circostanze e pei fini del provvedimento, con cui si limita l'esercizio della patria potestà a danno del genitore, di prescegliere un parente più lontano od anche un estraneo; e la legge lascia intorno a ciò la più libera facoltà di apprezzamento e di determinazione al tribunale. Tanto si vollero rispettate queste considerazioni, il valutar le quali nei singoli casi fu rimesso alla prudenza dei magistrati, che colla generale espressione dell'art. 233 si lasciò facoltà al tribunale di nominare al figlio un tutore estraneo, quand'anche si fosse reso colpevole di abuso il padre, e vi fosse la madre, alla quale, in mancanza di lui, dovrebbe passare, secondo le regole generali, l'esercizio della patria potestà. Ciò veramente è stato contraddetto da un rispettabile autore (1). Altri al contrario ha pensato che quando per abuso si debba togliere al padre l'esercizio dei poteri della patria potestà sulla persona del figlio, non solo non passi di diritto nella madre l'esercizio della patria potestà stessa, ma nemmeno il tribunale possa lasciarglielo, e solo possa *nominarla tutrice* (2). A noi è sembrata preferibile una opinione intermedia; secondo la quale il tribunale avrebbe facoltà di nominare un tutore estraneo, senzachè la madre potesse reclamare l'esercizio della patria potestà, a norma dell'art. 220, § 3, ma potrebbe anche limitarsi a privare il padre dell'esercizio dell'autorità sua sulla persona del figlio, lasciando così che tale esercizio passasse, secondo le regole comuni, alla madre (3).

Abbiam detto che il principio, pel quale non sono applicabili a questa tutela speciale le regole di quella ordinaria e generale, dev'essere osservato anche in ordine alle cause di cessazione della tutela stessa. Poichè infatti la persona nominata a tutore non è qui che sostituita al genitore

---

(1) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 207-208.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 233, § 546, vol. I, pag. 858.
(3) V. sopra, n. 159, pag. 342-345.

nell'esercizio di parte degli attributi di patria potestà, dei quali il genitore stesso è privato per causa di abuso, è chiaro che quando cessi affatto la patria potestà in quel genitore debba finire anche questa specie particolare di tutela, che l'accompagna e la supplisce in parte, ancorchè non siansi verificate le cause comuni per cui si estinguerebbe la tutela ordinaria e generale. — Così, supposto che, essendosi il padre reso colpevole di abuso della patria potestà, il tribunale abbia nominato un tutore alla persona del figlio, quando il padre muoia, o sia dichiarato assente, o per condanna penale perda la patria potestà, cesserà anche l'ufficio del tutore nominato dal tribunale; e se la madre sia superstite e capace assumerà essa l'esercizio della patria potestà in tutta la pienezza degli attributi che ne dipendono; altrimenti si farà luogo all'aprimento della tutela generale, secondo le regole comuni.

Pensiamo ora al caso che per la mala amministrazione esercitata dal genitore, il tribunale abbia *provveduto per la nomina di un curatore ai beni del figlio*. Quanto alle attribuzioni di codesto curatore è troppo chiaro, pel motivo stesso della sua nomina, ch'egli non potrà averne altre che quelle spettanti ordinariamente ad un semplice amministratore. La legge non avendo stabilite norme speciali in proposito, saranno dunque i principii generali, risguardanti l'amministrazione di beni altrui, che dovranno applicarsi; epperò le facoltà del curatore si limiteranno agli atti che siano di *semplice amministrazione ordinaria* (arg. articolo 1741 cod. civ.). Per quelli che eccedessero tali limiti, il curatore non avrebbe alcuna attribuzione; nè sembrerebbero applicabili per analogia le norme della tutela, sicchè potesse il curatore fare quegli atti in nome del minore purchè avesse adempite le forme abilitanti prescritte dagli articoli 296 e 301 del codice civile; sia perchè, come dimostrammo a suo luogo, le regole della tutela non sono applicabili alla patria potestà, nel quale stato continua ad essere il minore nonostantechè sia nominato un curatore

ai suoi beni; sia perchè la base di tali forme abilitanti consiste sempre nell'autorizzazione del consiglio di famiglia, che non è costituito in materia di patria potestà. Reputeremmo pertanto che trattandosi di alienazioni, costituzioni di pegno o d'ipoteca, cessioni di crediti, stipulazioni di mutui passivi, ed altri atti eccedenti la semplice amministrazione, fosse sempre il genitore che dovesse agire pel figlio, in virtù della patria potestà, che continua ad appartenergli nonostante la nomina del curatore, e dovesse però adempiere le formalità abilitanti che dalle regole relative appunto all'esercizio della patria potestà gli sono imposte.

Quanto alla privazione totale o parziale dell'usufrutto, che il tribunale ordini a carico del genitore, dal quale sia stato commesso abuso nell'esercizio della patria potestà, ce ne siamo occupati trattando delle cause per cui l'usufrutto legale si estingue (1) e alle cose già esposte ne basta qui riferirci.

Alle disposizioni speciali, fin qui commentate, l'art. 233 fa seguire la generale, con cui rimette in facoltà del tribunale di " *dare quegli altri provvedimenti che stimerà convenienti* " *nell'interesse del figlio* ". Alcuni di questi provvedimenti, pei quali la legge concede il più ampio potere all'autorità giudiziaria, possono essere suggeriti anche da analogia con disposizioni date dalla legge stessa per altre materie. Così quando il genitore provvedesse male all'educazione ed istruzione del figlio, ma non si presentassero ragioni abbastanza gravi per meritare che si procedesse alla nomina d'un tutore, potrebbe però il tribunale ordinare che il figlio fosse collocato in un istituto di educazione. Quando i genitori, senza essere separati legalmente, lo fossero però di fatto, e il padre esercente la patria potestà ne abusasse, potrebb'essere disposto che la madre avesse a tenere presso di sè i figli. Quando l'abuso riguardasse l'amministrazione dei beni del figlio, ma non fosse tale da giustificare l'inflizione della

---

(1) V. sopra, n. 299, pag. 839 e seguenti.

perdita totale nè parziale dell'usufrutto al genitore colpevole, il tribunale potrebbe eziandio decretare che il genitore medesimo non conservasse l'usufrutto se non a condizione di dar cauzione, ovvero ordinare quelle altre cautele che la legge ammette per l'usufrutto ordinario e pel caso che l'usufruttuario non possa dare una cauzione sufficiente (art. 498 cod. civ.).

Il tribunale avrebbe anche facoltà di stabilire che per certi atti, eccedenti la semplice amministrazione ordinaria, il genitore, che si fosse in passato reso colpevole di abuso, dovesse riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia? Se ne potrebbe dubitare, perchè non essendo nel sistema della patria potestà costituito per legge il consiglio di famiglia, parrebbe arbitrario che potesse ordinarne la convocazione l'autorità giudiziaria. Sembra però che sia stato inteso altrimenti dai compilatori del nostro codice. L'articolo 247 del progetto Senatorio limitandosi a dire che per abusi, commessi dal genitore nell'esercizio della patria potestà, il tribunale potesse *provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio, o di un curatore ai beni di lui, e potesse anche privare il genitore dell'usufrutto in tutto od in parte*, vi fu chi propose di aggiungere queste parole: *potersi eziandio provvedere perchè la madre non possa senza il consiglio di famiglia fare certi atti che verrebbero determinati dal tribunale.*

Un altro commissario osservò allora che *quell'aggiunta non era necessaria* " perchè il tribunale, il quale può fare " il più, vale a dire, provvedere per la nomina di un tutore " o di un curatore, e privare eziandio dell'usufrutto in " tutto o in parte il genitore che abusi della patria potestà, " potrà anche fare il meno, cioè prescrivere che la madre " superstite non possa fare certi atti senza il consiglio di " famiglia; bastare del resto che si faccia risultare nel " processo verbale intendersi in siffatto senso l'art. 247 „.

A maggiore cautela tuttavia venne accolta dalla maggioranza la seguente aggiunta: " e *potrà anche dare*

“ *gli altri provvedimenti che crederà necessari nell'interesse*
“ *dei figli* „ (1).

Sembra chiaro pertanto che quest'aggiunta, inserita nell'art. 233 del codice, debbasi ritenere, secondo lo spirito della legge, come comprensiva anche della facoltà di sottoporre certi atti del genitore, che esercitando la patria potestà ne abbia abusato, all'autorizzazione del consiglio di famiglia. E diciamo in genere, del genitore che esercita la patria potestà; perchè il motivo addotto, che chi può il più può il meno, sembra valere tanto pel padre quanto per la madre, potendosi, nel caso di abuso, commesso sì dall'uno che dall'altro, nominare un tutore al figlio o privare il genitore dell'usufrutto o dell'amministrazione.

Un quesito ancora rimane da porsi circa questa importante disposizione dell'art. 233. I provvedimenti, che a tenore di esso siano stati dati dal tribunale, possono essere in seguito revocati o modificati? Accennammo altrove la nostra opinione affermativa, e la crediamo conforme ai principii; poichè non si tratta qui d'una decisione pronunciata in materia contenziosa, ma d'un atto di autorità esercitato dal tribunale; e tali atti possono sempre essere rivocati o modificati dall'autorità medesima che li ha emessi. — D'altronde questi provvedimenti non sono motivati che dall'interesse del figlio, per guarentirlo pienamente dell'adempimento di tutti i doveri che la patria potestà impone verso di lui al genitore che la esercita. Ora le circostanze possono mutare; e ciò che dianzi erasi reputato necessario per l'interesse del figlio, divenire inutile od anche dannoso. Se il padre, per esempio, cangia costumi, e da dissipatore diventa economo, affettuoso e vigilante per la propria prole, tutto dedito alle cure di famiglia, non vi è ragione perchè non possa e non debba essere rivocata la nomina fatta di un tutore alla persona del figlio o di un curatore ai beni di lui, o la privazione

(1) V. Proc. verb., n. 17, pag. 182.

inflitta dell'usufrutto legale. Alla saggezza del tribunale spetta il determinare quando ciò possa farsi senza pericolo per l'interesse del figlio. Ben s'intende poi che se i fatti di abuso si rinnovassero, potrebbero di nuovo essere decretati contro il genitore doppiamente colpevole gli stessi provvedimenti od altri.

§ II. — *Delle condizioni, che il padre può imporre alla madre superstite, per l'educazione de' figli e per l'amministrazione dei loro beni.*

Sommario. — 311. Motivi dell'articolo 235. — 312. Di quale natura possano essere le limitazioni che il padre imponga all'esercizio della patria potestà per la madre superstite. — 313. Forme dell'atto in cui il padre può dare tali disposizioni. — 314. Revocabilità dell'atto predetto. — 315. In qual modo la madre possa ottenere d'essere dispensata dalle condizioni a lei imposte. — 316. Omologazione, a cui è soggetta la deliberazione che il consiglio di famiglia abbia presa in proposito. — 317. Conseguenze legali che possono derivare per la madre dall'inosservanza delle disposizioni date dal padre. — 318. Conseguenze di tale inosservanza rispetto ai terzi.

311. Nell'esporre le nozioni generali intorno alla patria potestà, accennammo alla grave discussione che si fece intorno all'ammettere o no che per lo scioglimento del matrimonio la patria potestà si trasformasse pel genitore superstite in semplice tutela; e come, dopo lungo combattere, si finisse per risolvere la questione determinando che il coniuge superstite continuasse ad esercitare sui figli i diritti di patria potestà; come però si riservasse di stabilire più tardi *le limitazioni che la pratica utilità potesse consigliare d'introdurre* (1). Venuto ora il tempo di parlare di queste limitazioni, cominciamo dall'osservare che nessuna ne fu adottata rispetto al padre che rimanga

(1) V. sopra, n. 146, pag. 316-319.

vedovo. Continua egli ad esercitare sui figli tutti gli attributi della patria potestà, senza alcuna limitazione, senza essere assoggettato a veruna vigilanza, a verun sindacato speciale, rimanendo solamente esposto all'applicazione dell'art. 247 pel caso che abusi dei proprii poteri. Non è che quando passi a nuove nozze, che, secondo l'art. 232, perde uno degli attributi della patria potestà, cioè il diritto di usufrutto legale sui beni dei figli.

Non può dirsi altrettanto per la madre rimasta vedova, rispetto alla quale l'art. 235 dispone così:

" Il padre può per testamento o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione " dei figli e per l'amministrazione dei beni.

" La madre, che non voglia accettare le stabilite condizioni, può chiedere di esserne dispensata facendo convocare dal pretore un consiglio di famiglia, composto a " norma degli art. 252 e 253, affinchè deliberi sulla chiesta " dispensa.

" La deliberazione del consiglio di famiglia sarà sottoposta all'omologazione del tribunale, il quale provvederà, " sentito il pubblico ministero „.

A rendere più facile e sicura l'interpretazione del testo, non crediamo superfluo riferire brevemente la storia di questa disposizione.

Il codice Francese aveva stabilito qualche cosa di simile per la tutela, che attribuiva al coniuge superstite sui figli nati dal matrimonio disciolto; giacchè nell'art. 391 diceva: " Potrà il padre destinare alla madre sopravvivente e tutrice un *consulente speciale*, senza il cui *parere* ella non " possa fare alcun atto relativo alla tutela.

" Se il padre specifica gli atti pei quali il consulente è " nominato, sarà abilitata la tutrice a fare ogni altro atto " senza l'assistenza di esso.

Il codice pel regno delle Due Sicilie dava facoltà al padre di " destinare alla madre sopravvivente e tutrice un " *contutore* anche estraneo „ (art. 313). Nei codici Par-

mense ed Estense la medesima facoltà era già compresa in quella accordata generalmente al padre o all'avo, che avesse il diritto di patria potestà, di " *destinare in testa-* " *mento uno o più tutori al figlio o discendente, che non fosse* " *per ricadere sotto l'altrui potestà* „ (art. 162 cod. Parm., 199 codice Est.). E siccome la madre non aveva, secondo quelle legislazioni, patria potestà civile, ne derivava che il padre potesse deferire la tutela testamentaria tanto con la madre quanto ad altra persona anche estranea, o nominare anche un contutore, che esercitasse la tutela insieme con la madre. Questa poi, mancando la tutela testamentaria, era preferita nella tutela legittima del figlio, ma il pretore poteva, anche d'ufficio, *destinarle per giuste cause un contutore* (articoli 169, § 3, codice Parmense; 206, § 3, codice Estense).

Secondo il codice Albertino — che parimente non attribuiva patria potestà civile alla madre, e che, d'altro lato, non ammetteva la pluralità di tutori — era pure conceduto al padre di poter nominare un tutore al figlio, eleggendo a tale ufficio la madre o qualunque persona anche estranea; ma inoltre nominando tutrice la madre *poteva destinarle un consulente speciale, senza il cui parere ella non potesse fare alcun atto relativo alla tutela. Se poi si erano specificati gli atti pei quali il consulente era nominato, la tutrice era abilitata a fare ogni altro atto senza il parere di esso* (art. 246).

Nel progetto di codice presentato dal Ministero non vi era traccia di alcuna limitazione che il padre potesse imporre all'esercizio della tutela da parte della madre superstite.

Ma nel progetto concordato colla Commissione del Senato si aggiunse un articolo (251) nel quale, dopo avere stabilito che la tutela dei figli minori non emancipati appartenesse di diritto alla madre, si soggiungeva:

" Potrà nondimeno il padre nominare per testamento o " per atto di notaio alla madre tutrice un consulente, senza

“ il cui avviso ella non possa fare gli atti della tutela in “ tutto od in parte „.

Determinato dalla Commissione coordinatrice che la patria potestà non dovesse, nè pel padre nè per la madre, trasformarsi in tutela allo sciogliersi del matrimonio, restava però a decidersi se in tal caso la patria potestà non avesse almeno a subire qualche limitazione nell'esercizio degli attributi che ne dipendono, e se codeste limitazioni, qualora si ammettessero, dovessero esser comuni sì al padre che alla madre, o ristrette a quest'ultima.

Non mancò chi sostenne vigorosamente l'applicazione pura e semplice del principio di eguaglianza tra i genitori anche in questo rapporto. Accordandosi altri in tale concetto, rimasero nondimeno divise le opinioni, reputando taluni che non fosse necessario prescrivere alcuna speciale limitazione all'esercizio della patria potestà per lo sciogliersi del matrimonio, e bastasse l'essere stati preveduti e repressi gli abusi possibili — come erasi fatto nell'articolo 247 del progetto, che divenne poi il 233 del codice attuale —; mentre altri all'opposto avvisavano che “ il “ solo genitore superstite non offrisse più intera quella “ garanzia che presentavano entrambi pel buon governo “ e per la buona direzione della famiglia; epperò, ammet- “ tendo pure che l'autorità del padre presenti una garanzia “ maggiore che quella della madre, fosse però necessario, “ sì rispetto all'uno che all'altro, di prendere qualche “ cautela „.

Fu infatti proposta, in quest'ultimo senso, una nuova disposizione, in virtù della quale, sciolto che fosse il matrimonio per la morte d'uno dei genitori, sarebbesi costituito *un consiglio di famiglia permanente, il quale dovrebbe vigilare il genitore superstite nell'esercizio della patria potestà, e promuovere, occorrendo, i provvedimenti accennati nell'articolo* 247 (233 del codice).

Tale proposta, per quanto energicamente sostenuta, non piacque alla maggioranza, a cui parve contraria alla dignità

del padre di famiglia, occasione troppo facile di vessazioni e d'inceppamento all'azione di lui, fondata in fine sovra una presunzione non giustificata di facili e frequenti abusi della patria potestà, i quali, se mai si avverino, trovano pronta a reprimerli la sanzione della legge.

Si ritornò allora all'idea di una differenza di trattamento da farsi tra il padre e la madre; differenza che parve giustificata dalla minore attitudine e minore esperienza che possono avere, in generale, le donne negli affari della vita civile. E pensando che " il padre, meglio d'ogni altro, è " in grado di sapere se la madre sarà o no capace di bene " amministrare il patrimonio dei figli e addivenire agli " atti più importanti della loro educazione „, si fu quasi d'accordo nel concedere al padre la facoltà di prescrivere limitazioni alla madre supertite per l'esercizio della patria potestà.

Dopo ciò tutta la difficoltà si riduceva a determinare quali oggetti potessero comprendere e fin dove giungere queste limitazioni. Alcuni articoli erano stati proposti intorno a tale argomento; e il secondo di essi diceva, in genere, che " il padre potrà per testamento o per atto au- " tentico *stabilire condizioni alla madre superstite nell'eser-* " *cizio della patria potestà* „. Fu osservato a tale proposito da uno dei commissari (*Mancini*) che " i diritti *di corre-* " *zione, di usufrutto, di prestare consenso al matrimonio dei* " *figli*, sono diritti di patria potestà inalienabili, che cer- " tamente dal padre non si potrebbero togliere. Restano " unicamente *l'educazione e l'amministrazione dei beni*, e " intorno a ciò non puossi certo negare al padre la facoltà " di porre delle limitazioni alla moglie superstite; ma si " potrebbero restringere i termini in cui è concepito l'ar- " ticolo 2 sopra riferito, i quali sono troppo ampi. L'ora- " tore proporrebbe di aggiungere che *le limitazioni non si* " *possano imporre fuorchè negli atti tutorii*, e (se vogliasi) " *nel modo dell'educazione* „.

In conformità di queste idee fu formolata una disposi-

zione, a cui corrisponde completamente nella sostanza quella dell'attuale art. 235, ed ebbe favorevole la Commissione, meno due voti contrari (1).

312. Dalle discussioni che abbiamo riferite nel numero precedente è agevole trarre quali siano le limitazioni che, secondo gl'intendimenti degli autori del codice nostro, è data facoltà al padre di potere imporre all'esercizio della patria potestà da parte della madre superstite.

Fu censurata l'espressione adoperata, di *condizioni* che possono essere stabilite alla madre superstite per l'educazione dei figli e l'amministrazione dei beni. Si pretese che fosse meglio dire *norme o cautele* piuttosto che *condizioni*. Se fosse stato seguito questo consiglio crediamo che sarebbesi resa molto imperfettamente l'idea del legislatore; il quale non intese di ammettere delle semplici norme direttive per la madre nell'esercizio della sua potestà, ma dei veri precetti legalmente obbligatorii per lei. E la parola *condizioni*, mentre significava energicamente questo concetto, ne accennava insieme un altro, il quale pure non manca di qualche importanza per le conseguenze che vedremo derivarne nel caso che le condizioni imposte dal padre non siano state adempite. Ciò è che le prescrizioni fatte dal padre costituiscono, in virtù della legge, vere *limitazioni di capacità* della madre superstite quanto agli atti di esercizio della patria potestà ai quali si riferiscono; e l'adempimento di quelle prescrizioni diventa quindi propriamente *condizione abilitante* per poter fare validamente tali atti.

La qualità delle condizioni, che il padre può imporre, è chiaramente determinata dal testo. Sono unicamente quelle risguardanti *l'educazione dei figli e l'amministrazione dei beni*. Ciò risulta anche dalla discussione che abbiam sopra riferita, e in conformità della quale fu formolata la dispo-

---

(1) V. Proc. verb., n. 15, § IV, pag. 163-165; n. 17, § II, pag. 174-182.

sizione che ora leggiamo nell'art. 235. Tutto ciò che concerne *l'autorità sulla persona del figlio*, fuori del *modo di educazione*, tutto ciò che concerne anche i beni di lui, fuori delle *norme di amministrazione*, non può formare oggetto delle disposizioni di ultima volontà del padre.

D'altronde, è troppo evidente che in questa materia non potrebb'essere lecito, nemmeno per considerazioni di massima analogia, l'uscire dai termini della legge; poichè si tratta d'una eccezione, per la quale si permette di derogare a norme d'ordine pubblico, quali son quelle che regolano gli attributi della patria potestà. Non vi sarebbe che l'usufrutto legale, di cui potesse dirsi che risguarda soltanto lo interesse privato della madre. Ma v'è poi un'altra ragione, che rende evidentemente impossibile al padre lo stabilire intorno a ciò limitazione alcuna; poichè supposto che quel diritto d'usufrutto non abbia per oggetto beni provenienti dal padre, il diritto predetto non essendo che un benefizio attribuito direttamente dalla legge alla madre che eserciti la patria potestà, non può spettare al padre la facoltà di disporne. Certamente per la disponibile che lasci al figlio, il padre, come potrebbe stabilire che la madre superstite non ne godesse l'usufrutto, così potrà anche limitarlo con determinate condizioni o modalità; senonchè ciò sarà in virtù della regola generale dell'art. 229, n. 1, e non della eccezione stabilita dall'articolo 235. Ma quando si tratti di beni provenienti da liberalità altrui, od anche di quelli costituenti la legittima del figlio nell'eredità paterna, come è la legge sola che attribuisce l'usufrutto alla madre superstite, nè poi concede al padre la facoltà di derogare a questo diritto o farvi limitazioni, è troppo chiaro che ogni disposizione del padre in proposito sarebbe affatto arbitraria e non potrebbe avere efficacia.

Sarebbe poi più manifesto ancora, per le dette ragioni, che non avrebbe alcun valore la disposizione colla quale il padre avesse inteso di limitare i diritti di patria potestà della madre superstite, quanto alla custodia ed alla corre-

zione del figlio, e quanto agli atti di autorità sulla persona di lui, che la madre avesse occasione di esercitare; per esempio, per consentire al matrimonio o all'adozione o per fare atto di emancipazione.

Il *Borsari* ha dato opportunamente alcuni esempi di condizioni relative all'educazione dei figli o all'amministrazione dei loro beni, che il padre può stabilire alla madre superstite, secondo l'art. 235.

“ Senza togliere alla madre — così dice l'autore — il
“ potere legittimo sulla persona dei figli, il padre potrà
“ ordinare in quale collegio intende siano educati; che la
“ educazione, che già è avviata, si continui sino ad una
“ certa età; che siano mantenuti certi stabilimenti che
“ fanno parte del patrimonio dei figli, dichiarando il modo
“ di condurli; che un certo agente delle tenute, esperimen-
“ tato, probo e capace continui nella sua opera; che si
“ ritenga il sistema dei bilanci annuali secondo il metodo
“ da lui istituito, ecc. „.

Lo stesso autore ha proposto il quesito: se potrebbe essere considerata come una delle condizioni per l'amministrazione dei beni, ammesse dall'art. 235, la nomina fatta dal padre di un *consulente*, senza il cui avviso la madre superstite non potesse fare atti di amministrazione, od alcuni di essi specificatamente indicati. E per parte nostra non esiteremmo ad adottare l'opinione negativa dal lodato autore manifestata (1). Questa facoltà di nominare un consulente alla madre era stata proposta nell'art. 251 del progetto senatorio. Fu cancellata in seguito all'osservazione fatta dal compianto prof. *Precerutti* che “ la no-
“ mina di un consulente sarebbe illusoria se egli non
“ dovesse dare che un semplice avviso, e sarebbe d'in-
“ ciampo all'amministrazione e sorgente continua di con-
“ troversie giuridiche se egli avesse un *veto* assoluto „ (2).

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 235, § 550, vol. I, pag. 864-865.
(2) V. Proc. verb., n. 15, § IV, pag. 164.

Vi fu sostituita, dopo lunga discussione, una disposizione nuova e affatto diversa. E dopo tutto ciò dovremmo ritenere che l'applicazione di questa nuova disposizione potesse comprendere anche la massima antica? Nè ci ferma ciò che da altri fu osservato in senso contrario che " fra le " condizioni permesse dall'art. 235 si debba annoverare " la nomina di un consulente speciale, perchè la legge è " concepita in termini generali „ (1).

Essa parla in genere, è vero, di *condizioni per l'amministrazione dei beni*. Ma si deve intender soltanto di *condizioni stabilite direttamente dal padre*, e alle quali la madre debba uniformarsi nell'esercizio personale dei suoi poteri d'amministrazione? O devesi intendere anche di limitazioni, che a questi poteri possano farsi, in virtù della disposizioni del padre, da una terza persona da lui designata — come sarebbe appunto un consulente — sicchè all'autorità di questa terza persona rimanga in qualche modo subordinata la madre nell'esercitare gli attributi della sua potestà? In ciò veramente sta la questione; e ci sembra del tutto conforme a ragione ed allo spirito della legge la risoluzione datane dal *Borsari;* tanto più perchè si tratta, come notammo, d'una disposizione eccezionale, che deve perciò essere interpretata ed applicata con rigore.

Può presentarsi eziandio un altro dubbio. Sarebbe valida, a termini dell'articolo 235, la disposizione in cui il padre avesse ordinato che la madre superstite non potesse fare certi atti, se non riportandone l'autorizzazione del consiglio di famiglia?

Una proposta in questo senso era stata presentata alla Commissione coordinatrice (2); ma non fu accolta. Non è questo di già un argomento per ritenere che non siasi voluto concedere al padre una tale facoltà? È vero che nel caso di abuso della patria potestà vedemmo essere

(1) V. Buniva, op. cit., vol. II, pag. 149.
(2) V. Proc. verb., n. 17, pag. 177.

stato ritenuto dalla Commissione che il potere attribuito al tribunale, di *dare tutti i provvedimenti che stimi convenienti nell'interesse del figlio*, comprenda anche la facoltà di “ *prescrivere che la madre superstite non possa fare certi* “ *atti senza il consiglio di famiglia* „ (1). Ma l'argomento che ne fu addotto non sembra tale da potersi applicare anche al caso nostro. Si disse che il tribunale, il quale poteva fare il più, privando la madre dell'amministrazione col nominare un curatore ai beni del figlio, poteva fare anche il meno, lasciando alla madre l'amministrazione, ma assoggettandola per certi atti all'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ora, può dirsi che il prescrivere alla madre certe norme, ch'ella debba seguire in atti determinati d'amministrazione, sia più che sottoporla all'autorità altrui per tali atti? Non lo crediamo davvero. Reputeremmo assai più scemata la dignità dell'ufficio di patria potestà, sottoponendone gli atti al beneplacito d'altri, sia pure un consiglio di famiglia, che prescrivendo norme anticipatamente determinate, alle quali la madre debba conformarsi nell'esercizio de' suoi poteri. Oltre di che non parrebbe congruo che mentre la legge non costituisce a fianco della madre un consiglio di famiglia permanente, nè fa luogo ad una convocazione straordinaria di esso, se non pel caso di passaggio della vedova a nuove nozze, fosse lecita al padre una tale disposizione, per la quale il consiglio di famiglia dovesse convocarsi ogni volta che nell'amministrazione dei beni del figlio occorresse alcuno degli atti dal padre medesimo indicati.

313. La disposizione che stabilisca condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni può esser fatta *per testamento o per atto autentico*.

---

(1) V. Proc. verb., n. 17, pag. 182.

L'autenticità non è richiesta se non quando il padre disponga in altro atto, che non sia testamento; ed allora è necessario che l'atto sia ricevuto da notaro; è necessario *ad essenza*, sicchè la disposizione che fosse stata fatta per iscrittura privata dovrebbesi considerare giuridicamente come *inesistente*.

Se poi il padre abbia manifestata la propria volontà *in testamento*, è indifferente quale ne sia la forma, anche *olografa*. Non crediamo possibile intorno a ciò nessun dubbio, a fronte della generalità del testo, che parla di *testamento*, senza distinguere sulla forma di esso, e solo riferendosi ad altro atto dice che debba essere *autentico*.

Gli autori francesi ritenevano che la nomina d'un consulente alla madre superstite potesse farsi dal padre anche in un atto nel quale non si contenesse veruna disposizione relativa ai beni del padre medesimo, purchè quell'atto avesse la forma di testamento. Insegnavasi che del testamento non si richiedesse qui che la forma esteriore. Ma l'art. 392 del codice Francese diceva che la nomina del consulente dovesse farsi per *un atto d'ultima volontà*. Con questa espressione si conciliava bene il concetto che l'atto di tale nomina dovesse considerarsi di per sè, indipendentemente da qualunque contemporanea disposizione dei beni, e bastasse che *dell'atto di ultima volontà* vi fosse la forma estrinseca. Il nostro art. 235 ha però usata una formola diversa, parlando di *testamento* o di *atto autentico*. Testamento non vi può essere se non quando l'atto contenga disposizione di tutte *le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o di più persone* (art. 759 cod. civ.). Se ciò non sia, l'atto dovrà essere *autentico*. D'altronde se ne comprende facilmente il motivo. Se il padre ha stabilite le condizioni alla madre superstite, per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni, nell'atto medesimo d'ultima volontà, in cui ha disposto delle proprie sostanze pel tempo in cui avrà cessato di vivere, quell'atto assume dallo stesso suo oggetto principale la solennità che può

supplire all'esteriorità della forma autentica. Ma se si ammettesse che potesse bastare un atto avente la forma estrinseca di testamento, ancorchè testamento non fosse, perchè non contenesse alcuna disposizione dei beni, tanto varrebbe non avere prescritta l'autenticità; poichè basterebbe una *scrittura privata interamente scritta, datata e sottoscritta di mano del padre.*

314. In qualunque forma sia fatta la disposizione del padre, non può però mai considerarsi che come un *atto d'ultima volontà;* poichè esprime ciò che il disponente vuole che si faccia per l'educazione e per l'amministrazione de' beni dei figli, dopo la sua morte, e quando l'esercizio della patria potestà dovrà passare per questa causa alla madre.

Nè infatti una tale disposizione potrebbe avere, per certo, nessuna efficacia nel caso che l'esercizio della patria potestà passasse alla madre per altra causa, quale sarebbe la condanna penale o la interdizione giudiziale del padre. Ciò è fatto evidente dalla espressione stessa del testo, che parla di condizioni da stabilirsi *alla madre superstite;* e trattandosi, come più volte osservammo, d'una *eccezione,* non sarebbe possibile estenderla oltre al caso espressamente contemplato. Se però fosse per *assenza dichiarata* del padre, che la madre assumesse l'esercizio della patria potestà, si farebbe ugualmente luogo ad attivare le disposizioni che il padre avesse fatte a norma dell'art. 235; poichè la *dichiarazione di assenza* produce, com'è noto, una specie di apertura provvisoria della successione dello assente, e dà luogo all'apertura degli atti di ultima volontà ch'egli abbia lasciati, ed alla loro esecuzione temporanea.

Questo carattere d'atto d'ultima volontà essendo inerente alla natura stessa ed all'oggetto della disposizione fatta dal padre a norma dell'art. 235, indipendentemente dalla forma esteriore di cui sia rivestita, ne segue che quella disposizione sia sempre *revocabile* per parte del

padre fino all'ultimo istante di sua vita, ancorchè non ne abbia disposto in testamento, ma per altro atto autentico.

Potrebbe solo dubitarsi se la rivocazione fosse ammissibile in qualunque forma, secondo le regole comuni, non essendo intorno a ciò stata data nessuna disposizione speciale dalla legge. Sembra però più ragionevole l'interpretare il silenzio di essa nel senso che la revocazione debba farsi in una di quelle forme stesse, le quali sono prescritte per l'atto che si revocherebbe, cioè o in testamento o per atto autentico; non essendo coerente che un atto di volontà, per costituire il quale furono necessarie certe solennità, possa essere distrutto da un atto di volontà contraria, che di tali solennità sia spoglio (1). Ben s'intende, del resto, che nulla osterebbe a poter rivocare per testamento la disposizione che fosse stata fatta in altro atto autentico, o viceversa.

315. Accordando al padre un potere tanto grande quanto è quello di disporre pel tempo in cui non sarà più, limitando alla madre l'esercizio della patria potestà, la legge non ha però voluto porre in mano di lui una facoltà arbitraria, di cui potesse abusare, senzachè contro l'abuso vi fosse riparo. Certo, può a primo aspetto parere non ben composto e forse contraddittorio il sistema della legge; la quale dopo aver voluto parificare i genitori, concedendo anche alla madre, in mancanza del padre, l'esercizio della patria potestà, permette poi ad un privato di limitare, a suo prudente criterio, i poteri che la patria potestà attribuirebbe in virtù della legge medesima alla madre; eppoi permette a questa di reclamare contro le disposizioni date dal padre, e farle ridurre al nulla da un'autorità che — ben lungi dal volerla superiore a quella dei genitori — non si è nemmeno voluto costituire normalmente di fianco alla patria potestà, dal consiglio di famiglia.

---

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 84-85.

Tuttavia non bisogna dimenticare come nell'ordinamento della patria potestà tutto debba essere subordinato all'interesse del figlio, che costituisce lo scopo finale d'ogni disposizione della legge in questa materia. Al figlio giova d'essere affidato alla propria madre, e che a questa sia conceduta, generalmente, tutta quell'ampiezza di poteri che si attribuisce alla patria potestà; perchè nell'affetto materno egli ha la miglior guarentigia possibile che si provveda convenientemente al suo mantenimento, alla sua educazione ed istruzione, all'amministrazione dei suoi beni. Può darsi però che la vastità e complicazione degli affari, la scarsa attitudine e l'inesperienza della donna nel trattarli rendano necessario, per non incontrare il pericolo di gravi danni, di restringere l'esercizio dei poteri di patria potestà in mano alla madre; e della convenienza di farlo niuno avrebbe potuto essere miglior giudice del marito. L'interesse del figlio giustifica quindi anche qui la concessione al padre della facoltà attribuitagli dall'art. 235. Ma il marito può errare, o, in casi per avventura non frequenti, può agire sotto l'impulso di tutt'altri sentimenti che il proposito di proteggere gl'interessi del figlio, può fare in somma disposizioni ingiuste e nocive; può avvenire ancora che ciò che era giusto e opportuno al tempo in cui fu stabilito, divenga, pel mutare delle circostanze, ingiusto e dannoso dappoi. L'interesse del figlio reclamava di nuovo un mezzo pel quale l'esecuzione di quelle disposizioni si potesse evitare. Il legislatore cercò questo mezzo; e non trovò di meglio che attribuire la facoltà di revocare o modificare le norme stabilite dal padre, piuttostochè al solo magistrato, al consiglio di famiglia; il quale composto, come dev'essere, dei prossimi parenti od affini, è meglio in grado di conoscere gli affari del figlio, e la capacità della madre che sarebbe chiamata a governarli, e di giudicare perciò con piena cognizione di causa sulla convenienza o meno delle limitazioni apposte dal padre allo esercizio della patria potestà, per quanto riguarda l'edu-

cazione e l'amministrazione dei beni del figlio. In complesso non par dunque che vi sia ragione sufficiente di censura contro la disposizione della legge in questa materia. Tali sembrano i motivi della disposizione contenuta nel § 2° dell'articolo 235.

Quantunque siasi usata la più mite espressione di *dispensa* dalle condizioni imposte dal padre, non è men chiaro però che si tratta veramente d'una *rivocazione;* la quale può operarsi per autorità del consiglio di famiglia, in virtù del potere straordinario conferitogli dalla legge, e purchè intervenga poi — come vedremo nel numero successivo — l'omologazione del tribunale.

La costituzione del consiglio di famiglia non acquista qui quel carattere di permanenza che ha nella tutela (art. 249 cod. civ.); ma esso è convocato straordinariamente per quest'unico oggetto, senza che gli siano attribuite ulteriori incombenze, neppure di semplice vigilanza sull'esercizio della patria potestà da parte della madre. Ciò emerge manifestamente dall'organizzazione stessa della patria potestà, alla quale, come più volte dicemmo, è completamente estranea la istituzione del consiglio di famiglia; ed è confermato inoltre dai termini stessi di questo § 2° dell'art. 235.

Non è prescritto che la convocazione del consiglio di famiglia per tale scopo debba esser chiesta dalla madre prima di assumere l'esercizio della patria potestà. Anzi in qualunque tempo, durante l'esercizio medesimo, ella potrebbe invocare che si derogasse alle condizioni stabilite dal padre; perchè infatti può avvenire, come osservammo, che sia solo dopo qualche tempo, coll'avanzarsi dell'educazione ed istruzione del figlio, e nel procedere dell'amministrazione dei beni di lui, e per mutate circostanze, che si manifestino improvvide e dannose all'interesse del figlio le disposizioni che il padre aveva date. — Nè poi, supponendo anche una perfetta identità di circostanze potrebbesi mai concepire l'idea che la madre, assumendo la gestione della patria potestà sotto quelle condizioni, le avesse tacita-

mente accettate e si fosse con ciò precluso l'adito ad impugnarle. Sarebbe un'idea profondamente erronea; poichè ogni elemento contrattuale è necessariamente ed assolutamente escluso da questa materia, tutta d'ordine pubblico, perchè avente uno scopo essenzialmente protezionale nello interesse del figlio minore di età.

Il testo parrebbe supporre una domanda di liberazione complessiva da tutte le condizioni imposte dal padre; e così avverrà di fatto generalmente. Non è da escludere però che la madre possa anche chiedere l'esenzione da alcune soltanto di quelle condizioni; giacchè non vi è indivisibilità tra esse, ed alcune potendo essere ragionevoli e conformi all'interesse del figlio, ed altre al contrario, è logico che queste sole e non quelle vengano rivocate. Nè sarebbe giusto, nè consentaneo allo scopo che la legge si propone, di favorire ciò che è bene pel figlio, il porre la madre in condizione di dover subire ciò che riconoscesse nocivo all'interesse del figlio medesimo, per non poter fare una domanda che, considerata in complesso, dovrebb'essere respinta.

Penseremmo però che il consiglio di famiglia non avesse altro mandato che per risolvere puramente e semplicemente sulla istanza presentata dalla madre, accogliendola nella sua integrità o rigettandola. Se esso potesse accoglierla in parte soltanto, annullando alcune delle disposizioni date dal padre, e mantenendone altre, o sostituendo prescrizioni diverse, la madre verrebbe posta in una condizione, che non sarebbe nè quella da lei voluta, nè quella che le era stata imposta dal marito, ma sarebbe invece il portato dell'autorità del consiglio di famiglia. Ora la legge non dà certo alcun potere al consiglio di famiglia per stabilire norme obbligatorie alla madre superstite circa l'esercizio della patria potestà; ma gli affida la sola missione di deliberare, sulla istanza della madre, se essa debba essere liberata dalle condizioni impostele dal marito o debba rimanervi soggetta.

316. Il testo dell'art. 235, § 3, già sopra riferito, ci rivela un principio importante: che cioè il tribunale non è chiamato dalla legge che ad *omologare la deliberazione colla quale il consiglio di famiglia abbia liberata la madre dalle condizioni che il padre le aveva imposte per testamento od atto autentico circa l'educazione dei figli o l'amministrazione dei loro beni*. Se il consiglio abbia deliberato rigettando la istanza della madre, non potrà questa ricorrere al tribunale. Esso non ha facoltà di concederle la dispensa, che le sia stata negata dal consiglio di famiglia. Ma se questo, al contrario, abbia accolto la istanza della madre, la deliberazione non ha ancora piena efficacia legale finchè non sia stata omologata dal tribunale; il quale pertanto deve esaminar di nuovo la questione sotto l'aspetto della convenienza nell'interesse del figlio di liberare la madre dalle condizioni che le erano state imposte dal padre.

Si è chiesto se il tribunale debba ancora occuparsi della questione in diritto, del decidere cioè se la disposizione del padre sia giuridicamente efficace, se si contenga nei poteri conferitigli dalla legge o li ecceda; e si è risposto affermativamente, notando anzi questa come una differenza tra il provvedimento che deve prendere l'autorità giudiziaria e la deliberazione del consiglio di famiglia, il quale *non deve esser giudice del diritto, ma solo del fatto e dell'opportunità* (1). Confessiamo schiettamente di non esser giunti a veder chiaro in questa teoria. Quale è l'oggetto della domanda portata dinanzi al tribunale? Unicamente l'*omologazione* da accordarsi o negarsi sulla deliberazione presa dal consiglio di famiglia, per la liberazione della madre — o la *dispensa*, come dice il testo — dalle condizioni che le erano state imposte dal padre. La domanda stessa suppone dunque la legalità delle disposizioni date dal padre; poichè non si chiede di essere *dispensato* da

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 235, § 551, vol. I, pag. 866.

un vincolo che giuridicamente non esista. Il consiglio di famiglia non ha potuto certamente pronunciarsi sulla questione di diritto, la quale non solo non era di sua competenza, ma non era mossa da alcuno, mentre chi avrebbe avuto interesse a proporla riteneva anzi legalmente efficace la disposizione del padre, dal momento che chiedeva d'esserne liberato mediante dispensa. Ma neppure al tribunale è presentata la questione di diritto, poichè gli si chiede unicamente di omologare la deliberazione che ha dispensato dalle condizioni imposte dal padre, condizioni che per tanto si ritengono per sè stesse come legalmente efficaci. Com'è dunque ammissibile che in questo stato di cose il tribunale si pronunci *sulla questione di diritto?* Non è impossibile, è vero, che la disposizione sia stata fatta dal padre illegittimamente; o per la sostanza di essa — perchè vi siano stati ecceduti i poteri conferiti dall'art. 235 — o per la forma. Ma allora sarà in altra sede che la controversia dovrà essere elevata; sarà in via contenziosa domandando la madre che sia dichiarata la nullità dell'atto con cui il padre le ha imposte condizioni per l'esercizio della patria potestà; il che ella farà contro il solo legittimo contradditore, il solo interessato in tale questione, il figlio, rappresentato da un curatore speciale, secondo la regola generale dell'art. 224, § 3, codice civile. Ma in questa sede, in cui non si tratta che di omologare o no la deliberazione presa dal consiglio di famiglia, la questione non può esser diversa da quella che fu risoluta colla deliberazione che si vorrebbe far omologare; questione di fatto; questione di opportunità.

317. Supponiamo ora che le condizioni imposte dal padre alla madre superstite per l'esercizio della patria potestà siano rimaste ferme; o perchè la madre non ne abbia chiesta dispensa, o perchè il consiglio di famiglia l'abbia negata, o perchè il tribunale non abbia omologata la deliberazione che la concedeva. Quale sarà la sanzione,

pel caso che la madre non si curi poi di tali condizioni e le lasci inadempite? Da uno degli onorevoli componenti la Commissione coordinatrice fu domandato appunto: " che " cosa avverrebbe nel caso in cui la madre insistesse nell'op- " porsi alle condizioni impostele dal marito e mantenute " dal consiglio di famiglia? „.

" Gli si rispose che allora si cadrebbe nel caso di *abuso*, " al quale provvede l'art. 247 (233 cod. civ.) „.

La risposta era fuor di dubbio esattissima. Come abbiamo dimostrato, quelle condizioni legittimamente imposte non costituiscono già delle semplici norme direttive per la madre, ma sono veri *precetti giuridicamente obbligatorii* per lei, e assumono il carattere di *limitazioni di capacità* nel disporre per l'educazione del figlio e nell'amministrare i di lui beni, di *condizioni abilitanti* per gli atti contemplati nella disposizione paterna (1).

Dopo ciò non può rimanere dubbio quali siano le sanzioni che assicurano l'adempimento di questi, che diventano per la madre doveri inerenti, per virtù stessa della disposizione della legge, all'esercizio della patria potestà che le è conceduto. La madre rimane responsabile verso il figlio dell'inadempimento di questi obblighi suoi, e deve risarcirgli ogni danno che gliene possa essere derivato. E inoltre, poichè appunto si tratta di doveri della patria potestà, il violarli o trascurarli costituisce un *abuso*, che è colpito dalla disposizione dell'art. 233, e può quindi far luogo a nominare un tutore alla persona del figlio o un curatore ai beni, a privare la madre dell'usufrutto in tutto od in parte, e ad ogni altro provvedimento che il tribunale stimi conveniente nell'interesse del figlio.

318. Non basta però considerare la questione nei soli rapporti tra la madre ed il figlio. Bisogna esaminarla

---

(1) V. sopra num. 312.

eziandio in rapporto ai terzi, che abbiano trattato colla madre, quale rappresentante legittima del figlio, senza che fossero osservate le condizioni imposte dal padre per l'amministrazione. Anche in questo ci sembra che la risoluzione del dubbio si renda facile colla semplice applicazione dei principii sovra ricordati. Le condizioni imposte dal padre diventano, in virtù della legge che le consacra, necessarie per integrare la capacità della madre, per abilitarla a compiere validamente quei determinati atti in rappresentanza del figlio. La conseguenza è facile a dedursi. Gli atti compiuti senza l'adempimento di quelle condizioni devono riguardarsi come nulli, perchè fatti da persona che non aveva capacità civile sufficiente. S'intende che è una *nullità relativa*, opponibile soltanto nell'interesse del figlio, a vantaggio del quale furono stabilite dal padre e sono consacrate dalla legge quelle condizioni. Nè il terzo, che avesse contrattato senza l'osservanza di esse, potrebbe esimersi dagli effetti della nullità della convenzione, allegando di avere di fatto ignorata l'esistenza delle condizioni medesime. Spetta al contraente l'informarsi della capacità della persona colla quale contrae, e se non lo ha fatto deve subirne le conseguenze. Tale principio deve applicarsi con tanto maggior rigore nei casi, come questo, in cui si tratti di condizioni abilitanti a rappresentare un incapace, nel cui interesse è stabilita la nullità degli atti compiuti senza il concorso di quelle condizioni. Certamente il terzo contraente potrebbe, secondo i casi, aver ragione di chiedere risarcimento dei danni alla madre, dalla quale gli fossero state maliziosamente celate le condizioni impostele per atti della qualità di quello che si effettuava senza adempirle; ma ciò non pregiudicherebbe in nessun modo al diritto del figlio di far dichiarare nulla la convenzione che la madre avesse fatto violando le condizioni limitative di capacità che il padre le avea stabilite.

Non vi sarebbe che un caso, in cui il terzo contraente potesse sottrarsi agli effetti della nullità della convenzione.

Sarebbe quando il terzo medesimo si fosse trovato nella impossibilità di conoscere le condizioni predette; come se esse fossero state stabilite dal padre in un testamento scoperto solamente dopo fatta la convenzione e celebrato l'atto.

Queste massime, accolte già dalla dottrina francese rispetto agli atti fatti dalla madre tutrice senza l'assistenza del consulente, che le fosse stato nominato dal padre predefunto, ci sembrano applicabili congruamente, in conformità dei principii generali, anche al caso nostro, in cui siano stati fatti dalla madre atti relativi all'amministrazione dei beni del figlio senza osservare le condizioni che per tali atti le fossero state prescritte dal marito premorto (1).

§ III. — *Delle limitazioni stabilite dalla legge all'esercizio della patria potestà da parte della madre, pel caso ch'ella passi a nuovo matrimonio.*

319. Dopo sciolto il matrimonio il genitore superstite che esercita la patria potestà, se passi a nuove nozze,

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 97-100.

perde l'usufrutto legale sui beni dei figli. È questo un effetto comune tanto pel padre quanto per la madre (art. 232 cod. civ.). Ma quanto al padre è quello il solo tra gli attributi della patria potestà, ch'egli perda pel passaggio a nuovo matrimonio. Nella madre invece, per la medesima causa, possono avvenire altre limitazioni nell'esercizio dei poteri dalla patria potestà dipendenti (art. 237, 238 codice civile).

Il progetto di codice presentato dal ministro, avendo posto il principio che allo sciogliersi del matrimonio la patria potestà si trasformasse pel genitore superstite in semplice tutela, stabiliva nell'art. 210 che " il genitore " che ha la tutela, volendo passare a nuovo matrimonio, " deve prima far convocare il consiglio di famiglia, il quale " deciderà se la tutela debba essergli conservata.

" In mancanza di questa convocazione, esso perderà di " diritto la tutela, a cui potrà però essere riammesso dal " consiglio di famiglia „.

Nel progetto concordato colla Commissione del Senato essendosi ripudiato il concetto d'una trasformazione della patria potestà in tutela per lo sciogliersi del matrimonio, e ritenuto però che il padre solo avesse la patria potestà civile, la madre non fosse chiamata che a *fare temporariamente le veci di lui nell'esercizio di tale potere*, e per la morte del padre si aprisse la tutela, fu dichiarato che " la madre tutrice, volendo passare a nuovo matrimonio, " deve prima far convocare il consiglio di famiglia, il quale " deciderà se la tutela debba esserle conservata.

" In mancanza di questa convocazione, essa perderà di " diritto la tutela, ed il suo marito sarà solidariamente " responsabile della tutela esercitata per lo passato dalla " madre ed in appresso indebitamente conservata.

" Potrà la madre essere riammessa alla tutela dal con- " siglio di famiglia (art. 253).

" Quando la madre sarà stata mantenuta nella tutela, " o vi sarà stata riammessa, il consiglio di famiglia le

" darà necessariamente per contutore il secondo marito,
" il quale diverrà solidariamente responsabile, unitamente
" alla moglie, dell'amministrazione posteriore al matri-
" monio (art. 254) „.

Le quali disposizioni riproducevano in sostanza quelle degli art. 395 e 396 del codice Napoleone, 317 e 318 del codice pel regno delle Due Sicilie, 253 e 254 del codice Albertino.

Il codice Parmense (art. 270) e l'Estense (art. 303) consideravano invece il passaggio della madre tutrice ad altre nozze come causa per cui finiva la tutela di lei; riservata però al giudice la facoltà di permetterle che continuasse, a condizione di rendere prima i conti e di prestare idonea sicurtà, e ritenuto che il nuovo marito dovesse essere obbligato con lei in solido.

Ammesso dalla Commissione coordinatrice il principio che *sciolto il matrimonio il coniuge superstite* — senza distinguere se fosse il padre o la madre — *continuasse ad esercitare sulla prole i diritti della patria potestà*, rimaneva a risolvere il quesito, che la Commissione stessa aveva riservato, se tra le altre limitazioni, che in varie circostanze potessero apporsi dalla legge all'esercizio della patria potestà, una se ne dovesse fare anche pel caso di passaggio del genitore a nuovo matrimonio. La questione però non fu trattata veramente che quanto alla madre; accordandosi così tacitamente i commissari nel ritenere che il passaggio del padre superstite a nuovo matrimonio non dovesse produrre nessuna alterazione nell'esercizio della patria potestà. Per la madre non incontrò obbiezioni — per quanto almeno apparisce dai processi verbali — la massima opposta; e solo si discusse intorno al modo di applicazione che se ne dovesse stabilire. Furono intorno a ciò formulate diverse proposte; e finì poi per raccogliere la quasi unanimità dei suffragi la proposizione seguente, la quale, modificata nella forma e in qualche parte ampliata, secondo le massime discusse e approvate in quella stessa seduta, del 3 maggio

1865, venne a formare le disposizioni degli art. 237 e 238 del nuovo codice.

" La madre, volendo passare a nuovo matrimonio, deve " prima far convocare il consiglio di famiglia, il quale " potrà stabilire le condizioni riguardanti l'educazione dei " figli, delibererà se l'amministrazione dei beni debba " esserle conservata, ed a quali condizioni. La delibera- " zione del consiglio di famiglia dovrà essere omologata ".

Venendo poi a considerare il caso che la madre passata a nuove nozze fosse mantenuta dal consiglio di famiglia nell'amministrazione dei beni del figlio, o vi fosse riammessa, si accolse senza discussione il principio che il nuovo marito dovesse essere responsabile dell'amministrazione posteriore al matrimonio; ma si discusse sul modo di stabilire i limiti di tale responsabilità. Si deliberò in fine che il marito dovesse dichiararsi *associato nell'amministrazione* alla madre (1). Così fu stabilita la disposizione dell'attuale art. 239. Senza entrare per ora nei particolari, possiamo però fin da questo momento formarci qualche idea generale intorno alle basi adottate in queste disposizioni del nostro codice.

Prima di tutto si può domandare: perchè nella nostra legislazione, che si è mostrata tanto propensa a mantenere, per quanto fosse possibile, una perfetta uguaglianza tra padre e madre nei diritti di patria potestà civile, si è declinato da tale principio fondamentale in questa specialità del passaggio del genitore superstite a nuovo matrimonio, non facendone derivare alcuna limitazione nell'esercizio della patria potestà quanto al padre, ed ammettendo al contrario la possibilità di limitazioni importanti rispetto alla madre? La ragione della differenza è facile a comprendersi, ed è quella stessa che nelle legislazioni anteriori aveva fatto stabilire che la tutela materna potesse essere fatta cessare pel passaggio della madre ad altre nozze. Si

---

(1) V. Proc. verb., n. 17, § IV, pag. 184-186.

è considerato che il padre, quand'anche contragga nuovo matrimonio, è sempre il capo della nuova famiglia come dell'antica, e continua di fatto come in diritto ad esercitare l'amministrazione dei beni appartenenti ai figli natigli dal matrimonio anteriore, e a dirigere la loro educazione; mentre la madre, che si dà in braccio ad un nuovo marito, subisce l'autorità e l'influenza di lui, il quale di fatto, se non per diritto, sarà quello che veramente amministrerà i beni dei figli di primo letto e prenderà cura delle loro persone. Donde il pericolo che all'educazione di questi figli sia mal provveduto, che l'amministrazione sia esercitata in modo da rivolgere le loro rendite a benefizio della famiglia nuova; sicchè si è stimato opportuno l'intervento del consiglio di famiglia e dell'autorità giudiziaria, affinchè, esaminato il carattere, la moralità, la capacità, le qualità insomma morali e civili del nuovo marito a cui si lega la madre, determinino se convenga per l'interesse del figlio il lasciare intatto alla madre stessa l'esercizio della patria potestà, o il limitargliene gli attributi. Di limitazione però, e non d'altro, è da parlare; perocchè sarebbe evidentemente enorme e contraddittorio se una legislazione, la quale non ha attribuita alla madre superstite la semplice tutela, ma la patria potestà sui figli, parificandola in ciò al padre, ammettesse poi che il passaggio a nuovo matrimonio potesse produrre per la madre l'estinzione completa del diritto di patria potestà, mentre pel padre non ne produce alcuna limitazione, eccettuata la perdita dell'usufrutto legale. Anzi, le limitazioni stesse al diritto di patria potestà, ammesse dalla nostra legge contro la madre che passi a nuovo matrimonio, non toccano agli attributi principali della patria potestà, non al diritto di custodia, non a quello di correzione, molto meno agli atti di autorità sulla persona del figlio, quali sono il consenso al matrimonio o all'adozione e l'emancipazione; e neppure al diritto di educazione, se non *quanto al modo* in cui esso debba essere esercitato.

Inteso così il concetto generale di queste disposizioni di legge, cerchiamo la spiegazione di ciascuna di esse.

320. Il principio fondamentale in questa materia è enunciato nel § 1 dell'art. 237.

" La madre, volendo passare a nuovo matrimonio, deve " prima far convocare un consiglio di famiglia a norma " degli art. 252 e 253 „.

Le regole comuni stabilite nel titolo *della tutela* sono dunque perfettamente applicabili anche qui per ciò che concerne la composizione del consiglio di famiglia, a cui si riferiscono appunto le disposizioni ivi richiamate degli art. 252 e 253. Ma bisogna allontanare l'idea che si tratti d'un consiglio di famiglia di cui la costituzione e le attribuzioni siano simili a quelle che si hanno nella tutela. Non è un consiglio di famiglia, *permanente* (art. 249 codice civile), ma convocato pel solo oggetto speciale determinato dall'art. 237; e le sue attribuzioni non vanno oltre quelle deliberazioni che sono indicate nel medesimo articolo e nel successivo 238.

L'istanza della madre, che vuol passare a nuovo matrimonio, dev'essere diretta *al pretore;* al quale appartiene di convocare e presiedere il consiglio di famiglia, secondo la regola generale dell'art. 251.

Quell'istanza poi dev'essere stata fatta e il consiglio di famiglia dev'essere stato convocato ed aver deliberato *prima che la madre contragga il nuovo matrimonio.* Solo a questa condizione possono essere rimossi i sospetti, da cui fu preoccupata la mente del legislatore, che le nuove nozze potessero implicare propositi di danno ai figli nati da matrimonio anteriore. Una istanza fatta dopo la celebrazione delle nuove nozze, od anche fatta prima, ma seguìta immediatamente dalla celebrazione del matrimonio, senza attendere che il consiglio di famiglia avesse deliberato, dovrebbesi riguardare come tardiva, non soddisferebbe al voto della legge, e lascierebbe quindi luogo sì contro la

madre che contro il nuovo marito di lei, ad applicare le sanzioni stabilite dall'art. 238.

321. " Il consiglio delibererà se l'amministrazione " dei beni debba essere conservata alla madre, e le potrà " stabilire condizioni riguardo alla stessa amministrazione " ed all'educazione dei figli " (art. 237, § 2 cod. civ.).

Così sono determinate chiaramente dalla legge le facoltà attribuite in questa materia al consiglio di famiglia. Esso può:

1° escludere la madre dall'amministrazione dei beni dei figli di anteriore matrimonio;

2° conservandole l'amministrazione, può stabilire però condizioni riguardo all'esercizio di essa;

3° sia che conservi o tolga alla madre l'amministrazione dei beni, può prescriverle condizioni circa i modi di educazione dei figli.

Non vi è bisogno di dire che queste disposizioni sono tassative. Si tratta di facoltà eccezionali, per le quali al consiglio di famiglia si dà il potere di derogare ai principii generali circa gli attributi della patria potestà; materia questa che è d'ordine pubblico, che è in esclusivo dominio della legge. Non è lecito dunque pensare che tali derogazioni possano estendersi al di là di quanto la legge medesima stabilisce. Se pertanto il consiglio di famiglia pretendesse togliere o limitare in qualunque modo alla madre i diritti di custodia o di correzione dei figli, o quelli di consentire al loro matrimonio o alla loro adozione, o di emanciparli, la deliberazione non potrebbe certamente in questa parte avere alcuna efficacia. — Ma esaminiamo più particolarmente ciascuna delle facoltà sopra dette, che la legge concede al consiglio di famiglia.

In primo luogo esso delibera *se l'amministrazione dei beni debba essere conservata alla madre;* il che val quanto dire che gliela può anche togliere assolutamente. Nè con questo è privata la madre della patria potestà, di cui le riman-

gono tutti gli altri attributi risguardanti l'*autorità sulla persona* del figlio. Ma la legge non dice poi in questo luogo se e quale disposizione abbia in tal caso a dare contemporaneamente il consiglio di famiglia, per provvedere nell'interesse del figlio all'amministrazione che è tolta alla madre. Si potrà forse ritenere che si apra la tutela, e questa si deferisca secondo le regole comuni? No, certamente; poichè, come abbiam dimostrato, la patria potestà continua, e con essa è affatto inconciliabile lo stato di tutela; molto più, ristretto, come sarebbe, alla sola amministrazione dei beni. Pure un provvedimento è indispensabile; e nulla è più naturale che venga dato dal consiglio di famiglia nell'atto stesso in cui toglie l'amministrazione alla madre, per sostituirle immediatamente altra persona che l'eserciti nell'interesse del figlio. L'indole del provvedimento da prendersi è indicata dallo stato stesso delle cose. Come in altri casi, in cui non cessando la patria potestà, è tolta a chi la esercita la sola amministrazione dei beni, come in quello di *abuso* (art. 233 cod. civ.), si dovrà nominare un *curatore ai beni;* e la nomina dovrà essere fatta dal consiglio di famiglia, come ciò gli spetta quando la madre ha *perduta di diritto l'amministrazione* per aver contratto nuovo matrimonio senza prima aver fatto convocare il consiglio (art. 238, § 2, cod. civ.). L'analogia non potrebbe essere più stretta, per applicare anche al caso dell'art. 237 la disposizione stessa che è data nel predetto art. 238, § 2.

Non reputando necessario di spingere fino a così estremo rigore le proprie deliberazioni, il consiglio di famiglia può invece limitarsi a *stabilire condizioni riguardo alla stessa amministrazione.* Ed è chiaro che in ciò le facoltà del consiglio sono necessariamente le più ampie. Chi avrebbe potuto escludere assolutamente la madre dall'amministrazione dei beni del figlio, può a maggior ragione apporre qualunque condizione che ne limiti l'esercizio.

Finalmente il consiglio può prescrivere alla madre certi *modi per la educazione dei figli.* Come ha fatto osservare

giustamente il *Borsari* " i diritti di vegliare sulla educa-
" zione e sulla condotta dei figli..... non possono essere
" menomati dal consiglio di famiglia; ma i modi della
" educazione riguardano piuttosto l'estrinseco del diritto
" e la forma della sua attuazione. Che i figli già maturi
" alla educazione di collegio debbano esservi collocati,
" anzichè tenersi in casa; che una certa misura di spesa
" debba essere osservata, sono disposizioni che non offen-
" dono i diritti superiori della patria potestà, benchè
" denotanti che la pienezza dell'esercizio più non si pos-
" siede " (1).

Abbiamo detto che le condizioni relative alla educazione dei figli possono essere stabilite dal consiglio di famiglia anche nel caso in cui esso tolga alla madre l'amministrazione dei beni. A questa massima veramente parrebbe contraria l'opinione di alcuni illustri commentatori del codice nostro; i quali accennano, pel solo caso in cui l'amministrazione sia conservata alla madre, che le possano essere dettate condizioni riguardo alla stessa amministrazione e alla educazione dei figli (2). Nè vogliamo negare che a tale concetto corrisponderebbe esattamente la materiale distribuzione delle parole nell'articolo 237, § 2. Ma non vi corrispondono, a veder nostro, i motivi di questa disposizione, nè ciò che la legge medesima ha stabilito per altro caso simile. Il motivo della legge è di ovviare al pericolo che può incontrarsi per la buona educazione dei figli, qualora essa sia abbandonata del tutto alla madre, la quale siasi posta sotto l'autorità e la dipendenza di un nuovo marito. Se questo pericolo è sembrato abbastanza grave per concedere facoltà al consiglio di famiglia di prescrivere condizioni riguardo all'educazione dei figli, quando anche si confidi abbastanza nella madre per conservarle l'amministrazione dei beni, come mai si reputerà minore

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 237, § 555, vol. II, n. 873.
(2) V. Borsari, l. c.; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 560, pag. 391.

quel pericolo allorchè il consiglio fidi così poco nella madre, pel nuovo stato in cui si è posta, da credere necessario di toglierle assolutamente quell'amministrazione? Non vi è anzi in tal caso una ragione di più per lasciare al consiglio di famiglia la medesima facoltà di stabilire modi per la educazione dei figli?

La legge stessa poi, nel caso in cui la madre abbia perduta di diritto l'amministrazione dei beni, per essere passata a nuovo matrimonio senza aver fatto prima convocare il consiglio di famiglia, vuole che il consiglio medesimo *deliberi sulle condizioni da stabilirsi per la educazione dei figli* (art. 238, § 2, cod. civ.). Non sarebbe contraddittorio il ritenere l'opposto quando la privazione dell'amministrazione fosse derivata alla madre dalla deliberazione stessa del consiglio di famiglia?

Si aggiunga che il concetto che ci pare da ammettere era chiaramente espresso nella formola votata quasi unanimemente dalla Commissione coordinatrice, e che riferimmo nel numero precedente. Ivi infatti era detto che " il con- " siglio di famiglia potrà stabilire le condizioni riguardanti " l'educazione dei figli, delibererà se l'amministrazione dei " beni debba esserle conservata ed a quali condizioni „. Nella redazione definitiva si cambiò alquanto la forma, e più che altro la distribuzione delle parole; ma di mutare il concetto non v'era ragione, nè dalle discussioni apparisce traccia che ve ne sia stato l'intendimento.

322. " Le deliberazioni del consiglio di famiglia sa- " ranno sottoposte al tribunale per i suoi provvedimenti a " norma dell'art. 235 „ (art. 237, § 3, cod. civ.).

La legge, in questa come in tutte le altre disposizioni relative alla materia di cui trattiamo, ha avuto per solo scopo l'interesse e la protezione del figlio minore di età. Ora, quali che siano le disposizioni che il consiglio di famiglia dia per la madre che passa a nuovo matrimonio, possono derivarne conseguenze troppo gravi, perchè sia

da abbandonarle alla sola deliberazione del consiglio predetto, senza sottoporle ad alcun sindacato. Un'avversione preconcetta, e forse non abbastanza giustificata, può aver cagionata da parte della maggioranza del consiglio una determinazione eccessivamente severa; come una soverchia benevolenza può averne prodotta una troppo benigna. Nell'un caso e nell'altro l'interesse del figlio non potrebbe mancare di soffrirne. Ci sembra questo il motivo dell'articolo 237, § 3; e da esso, non meno che dalle parole stesse del testo, reputiamo risultare che come le determinazioni, quali che siano, prese in questa materia dal consiglio di famiglia, si vogliono sottoposte al tribunale, così questo debba esaminarle, e possa, a suo prudente criterio, rivocarle o riformarle in qualsiasi loro parte, secondochè reputi consigliato dall'interesse del figlio.

Tale non è però l'avviso d'un illustre scrittore nostro; il quale pensa che il tribunale non possa concedere alla madre l'amministrazione che dal consiglio le sia stata tolta, come — dice egli — non gliela potrebbe togliere se il consiglio di famiglia gliela avesse lasciata. Il tribunale dovrebbe solo occuparsi della legalità della deliberazione presa dal consiglio, e dichiararla valida o nulla; potrebbe anche, se valida, riformarla *quanto alle modalità* che fossero state stabilite dal consiglio di famiglia per la educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni (1). Questa restrizione di facoltà non pare conforme al testo, che chiama, in genere, il tribunale *a dare i suoi provvedimenti sulle deliberazioni quali che siano del consiglio di famiglia.* Se per fatti notorii, od altrimenti constanti al tribunale, la deliberazione del consiglio apparisca mal fondata, ingiusta, nociva all'interesse del figlio, non troviamo ragionevole che il tribunale debba darle passo, solo perchè siasi fatto il peggio togliendo assolutamente l'amministrazione alla madre, mentre se il consiglio si fosse limitato ad assog-

---

(1) V. BORSARI, l. c.

gettarla a condizioni si ammette che il tribunale potrebbe riformarne la deliberazione.

L'autore argomenta dal riferirsi che fa l'art. 237 al 235; per dedurne che come il tribunale non potrebbe, secondo l'art. 235, concedere alla madre quella dispensa dalle condizioni impostele dal padre, che le fosse stata negata dal consiglio di famiglia, così non possa nel caso dell'art. 237 lasciarle l'amministrazione che il consiglio le abbia tolta. Avremmo parecchie risposte da opporre; ma ci limiteremo ad una sola, che ci pare decisiva.

Nell'art. 235 si tratta di dispensare la madre da certe limitazioni dei poteri suoi, che le sono state legittimamente imposte dal padre. Affinchè possa ammettersi tale dispensa, in derogazione ad un principio ammesso dalla legge, e con danno possibile dei figli minori, la legge stessa *richiede il concorso di due condizioni:* la deliberazione favorevole del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale. È dunque chiaro che se il consiglio abbia respinta l'istanza per la dispensa, il tribunale non possa accoglierla, ed anzi non sia nemmeno da sottoporgli la deliberazione del consiglio; il che sarebbe inutile, dal momento che il concorso delle due condizioni volute dalla legge non potrebbe più verificarsi.

All'opposto, nel caso dell'art. 237 non si tratta di accogliere o respingere una istanza diretta ad ottenere un beneficio eccezionale, ma vi è necessità di prendere una determinazione per la madre che passa a nuovo matrimonio; o lasciarle le facoltà ordinarie per l'amministrazione dei beni dei figli di anteriore matrimonio soggetti alla sua potestà, o toglierle assolutamente quell'amministrazione, o limitarla. E la legge deferisce la decisione su ciò a due autorità distinte: al consiglio di famiglia prima, al tribunale in grado superiore. Ora, se il tribunale riconosce mal fondata, ingiusta, dannosa la deliberazione, quale che sia, del consiglio di famiglia, deve poterla rivocare o riformare come reputi giusto e necessario per l'interesse del figlio.

Altrimenti non si avrebbe più quella duplice guarentia che la legge volle assicurare col sottoporre il quesito delle determinazioni da prendersi, prima al consiglio di famiglia, e poscia al tribunale. Certamente i giudici dovranno usare cautela e prudenza molta nel prendere un provvedimento contrario alla deliberazione del consiglio di famiglia; nè mancheranno di farlo.

323. Si è domandato: quale influenza possono esercitare sulle disposizioni, che il padre defunto abbia date a norma dell'art. 235, i provvedimenti che siano stabiliti in vista del passaggio della madre a nuovo matrimonio? (1).

La risposta ci pare semplicissima. Quelle disposizioni non cessano di avere efficacia per ciò solo che la madre contragga nuovo matrimonio. Sarebbe troppo strano, se perchè ella si pose in uno stato, che ha motivato l'adozione di speciali cautele, rimanesse dispensata da quelle che il defunto suo marito le aveva imposte. Tali condizioni devono dunque continuare ad essere osservate, finchè siano conciliabili colle disposizioni date dal consiglio di famiglia e dal tribunale in considerazione del nuovo matrimonio contratto dalla madre. Ma nulla vieta che il consiglio e il tribunale prendano, se lo reputano necessario od opportuno, tali provvedimenti che siano incompatibili colle condizioni stabilite dal marito premorto; le quali allora cesseranno per ciò stesso necessariamente d'avere efficacia. Ad una situazione nuova, affatto differente da quella che il marito disponente aveva preveduta, possono convenire provvidenze altrettanto diverse: nulla di più naturale e più conforme all'interesse del figlio. D'altro lato il consiglio di famiglia e il tribunale avrebbero potuto, secondo l'art. 235, dispensare la madre dalle condizioni impostele dal padre. Tanto più possono sostituirvi condizioni diverse, quando il nuovo stato della madre e l'interesse del figlio lo richiedano.

---

(1) V. Borsari, l. c.

324. Le disposizioni date preventivamente dal consiglio di famiglia e dal tribunale in contemplazione del nuovo matrimonio, a cui la madre vuol passare, non possono cominciare a produrre effetti legali se non dal giorno in cui il matrimonio medesimo sia celebrato; essendo solo appunto nel nuovo stato coniugale della madre che quei provvedimenti trovano la loro causa. E poichè stato coniugale non vi è, davanti alla legge, finchè il matrimonio non sia stato celebrato nelle forme dalla legge medesima stabilite, non dubitiamo di affermare che fino a quel giorno le disposizioni date dal consiglio di famiglia e dal tribunale non possono attivarsi; fino a quel giorno la madre continua ad esercitare sui figli d'anteriore matrimonio la patria potestà con tutti i suoi attributi ordinari, senza quelle limitazioni che siano state stabilite per una situazione futura, che non si è ancora legalmente verificata. Supposto dunque che fosse stato deliberato non doversi conservare l'amministrazione alla madre, che vuol passare a nuovo matrimonio, e fosse stato contemporaneamente nominato un curatore ai beni del figlio, l'amministrazione materna però non cesserebbe, non entrerebbe in funzione il curatore, dal giorno in cui la deliberazione del consiglio di famiglia fosse stata omologata dal tribunale, e neppure da quello in cui la madre avesse contratto matrimonio religioso, ma solo da quello in cui lo contrasse civilmente.

Nel caso appunto ora figurato fu professata una massima contraria (1). Si disse che la nomina del nuovo amministratore, essendo deliberata puramente e semplicemente in vista della intenzione della madre di contrarre nuove nozze, doveva avere effetto, senza essere subordinata alla condizione della celebrazione del matrimonio civile. Ma non si avvertì che questa condizione era implicita e necessaria; poichè è solo il nuovo stato coniugale della madre che dà causa ai provvedimenti eccezionali ammessi dall'ar-

---

(1) V. Buniva, op. cit., vol. II, pag. 210-214.

ticolo 237: e stato coniugale non può esservi se non per la celebrazione del matrimonio civile.

Si è soggiunto che, celebrato il matrimonio religioso, lo stato coniugale vi è *di fatto*, se non giuridicamente; e se quello stato non produce gli effetti civili del matrimonio, non essendo però il matrimonio ecclesiastico proibito dalla legge, può quello stato di fatto essere considerato come base di speciali rapporti civili, quali appunto sono quelli stabiliti dall'art. 237. Ma non si è considerato che qui si tratta di provvedimenti eccezionali, ammessi in contemplazione dello stato di matrimonio, che sia nuovamente contratto dalla madre; nè parlando di matrimonio la legge può aver inteso altro che quello che sia stato contratto secondo le sue disposizioni; nè i provvedimenti eccezionali possono estendersi fuori dei casi che dalla legge medesima sono espressamente contemplati. Fa poi meraviglia il vedere enunciato come argomento in favore che *la legge non proibisce il matrimonio ecclesiastico*. Certo non lo proibisce, quando vi si aggiunga l'adempimento delle disposizioni della legge civile. Ma questa senza dubbio non ammette che vi sia uno stato di matrimonio consacrato soltanto dal rito religioso: ed è quindi impossibile il pensare che vi annetta essa medesima conseguenze legali quali che sieno.

Da ultimo si sono addotti argomenti per dimostrare che un matrimonio contratto solamente davanti alla Chiesa, specialmente quando siano nati figli, può produrre i medesimi inconvenienti rispetto ai figli di altro letto, come un matrimonio che la madre avesse contratto civilmente; e se n'è conchiuso che *debba produrre i medesimi effetti*. Ci par questa un'erronea applicazione della massima — *Ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio* — la quale non può valere in materia di disposizioni eccezionali; e tali sono fuor di dubbio i provvedimenti ammessi dall'articolo 237. Ma inoltre manca la identità dei motivi; poichè dove non sia matrimonio legalmente contratto, non vi è nemmeno quella dipendenza della donna dal marito, nei

rapporti civili, che ha dato cagione di temere per la sorte dei figli che quella donna abbia avuto da matrimonio anteriore, ed ha quindi consigliato le disposizioni del ridetto art. 237. Può darsi, è vero, che la donna si tenga verso l'uomo, a cui si è legata col solo rito religioso, nella medesima dipendenza come se avesse contratto il matrimonio civile, che la nascita di figli da questa unione illegale scemi l'amore materno verso i figli di primo letto, e che tutto ciò sia rivolto a danno dei figli stessi. Ma altrettanto potrebbe verificarsi anche se vi fosse stato semplice concubinato, e ne fossero nati figli naturali. Forsechè sarebbe sostenibile in tal caso l'applicabilità degli articoli 237 e 238? Certamente potrebbe anche allora verificarsi che si togliesse alla madre l'amministrazione dei beni dei figli nati da anteriore matrimonio, che si nominasse anche un tutore alla persona dei figli stessi; ma in virtù dell'articolo 233, ma per abusi realmente verificati. Rimedi preventivi, quali sono quelli stabiliti dall'articolo 237, non sono ammessi dalla legge, nè potrebbero applicarsi senza arbitrio, se non pel caso in cui la madre passasse a stato di nuovo matrimonio.

325. La legge non dichiara se e quando, durante l'esercizio della patria potestà da parte della madre passata a nuovo matrimonio, possa ella riprendere quell'esercizio nella pienezza dei suoi attributi, rimanendo liberata dalle restrizioni che le fossero state imposte in virtù dell'articolo 237. — Nondimeno crediamo potervi esser cause le quali producano legittimamente un tale effetto. E innanzi tutto pensiamo che non sia vietato al consiglio di famiglia di revocare, coll'approvazione del tribunale, le disposizioni prese in riguardo al nuovo matrimonio della madre, e ridarle anche quell'amministrazione che le avesse tolta. Una tale revocabilità è di regola quanto agli atti di giurisdizione volontaria. E d'altra parte la legge stessa concede che il consiglio di famiglia, con deliberazione appro-

vata dal tribunale, possa *riammettere all'amministrazione* dei beni la madre, che l'avesse perduta *di diritto* per essere passata a nuovo matrimonio senza far convocare il consiglio di famiglia. Perchè dunque non si potrebbe fare altrettanto quando la madre avesse perduta quell'amministrazione in virtù di deliberazione del consiglio di famiglia regolarmente convocato, ma le mutate circostanze e l'interesse medesimo del figlio consigliassero a ridargliela?

A parte ciò, siccome i provvedimenti eccezionali ammessi dall'art. 237 hanno il loro fondamento unicamente nello *stato coniugale*, in cui la madre si è nuovamente posta, nella dipendenza sua dal nuovo marito, nella probabilità grande che l'amministrazione dei beni dei figli di primo letto sia di fatto esercitata da lui, nei pericoli che possono conseguirne pei figli stessi; così crediamo non dubbio che lo scioglimento del nuovo matrimonio produrrebbe di pien diritto l'effetto di ripristinare la madre nel pieno esercizio della patria potestà rispetto ai figli di primo letto, facendo cessare le limitazioni che le erano state imposte.

Abbiam ritenuto il contrario per l'usufrutto legale, che cessato in virtù dell'art. 232, pel passaggio del genitore ad altre nozze, abbiam detto che non risorge nonostante lo scioglimento del nuovo matrimonio (1). Ma la condizione delle cose è anche profondamente diversa. L'usufrutto legale subisce, secondo l'art. 232, una vera e definitiva *estinzione;* e la subisce *pel solo fatto d'essere stato contratto il vincolo giuridico d'un nuovo matrimonio.* Invece le nuove nozze della madre non estinguono in lei il diritto di patria potestà sui figli avuti da matrimonio anteriore: solo fanno luogo a potersi limitare in certi rapporti l'esercizio di quel diritto; nè tali limitazioni dipendono poi dal solo fatto della celebrazione d'un nuovo matrimonio, ma riconoscono la loro vera ed unica causa dallo *stato coniugale* in cui la madre si è nuovamente collocata. Se tale stato

---

(1) V. sopra, n. 295, pag. 823 e seguenti.

cessa, venendo a mancare la causa che sola giustificava i provvedimenti eccezionali per cui l'esercizio della patria potestà era in certi attributi stato limitato, è ragionevole, è conforme ai principii che anche quella condizione eccezionale di cose finisca, che si ritorni allo stato normale, che il diritto di patria potestà, rimasto sempre alla madre, riprenda tutto il vigore dei suoi effetti ordinari.

Potrebbe dirsi altrettanto quando solo fosse cessata nel nuovo marito la possibilità di esercitare sull'amministrazione patrimoniale dei figli, che la moglie avesse avuti in altro letto, quell'influenza malefica che si è temuta, quando, per esempio, egli fosse interdetto per abituale infermità di mente, o quando fosse pronunciata la separazione di convivenza tra i coniugi? Non lo crediamo. *Lo stato coniugale*, che la madre ha nuovamente contratto, non è cessato per la interdizione del marito, nè per la separazione di convivenza. La causa, che ha dato luogo ai provvedimenti ammessi dall'art. 237, sussiste dunque sempre. È vero che nella condizione in cui il nuovo marito si trova non sono più a temersi da lui quei danni pei figli di primo letto, che a tali provvedimenti diedero causa. Ma questa nuova condizione di cose è temporanea, può cangiare da un momento all'altro: nè quindi potrebb'essere caso di far cessare quei provvedimenti, per doverli riattivare forse dopo brevissimo tempo.

326. Se la madre ha contratto nuovo matrimonio senza aver fatto convocar prima il consiglio di famiglia, la contravvenzione da lei commessa alla legge la fa incorrere immediatamente in una sanzione determinata dall'articolo 238, § 1, colle seguenti parole:

" In mancanza della convocazione richiesta dall'articolo " precedente, la madre perderà di diritto l'amministrazione ".

A ciò si restringe la disposizione della legge; nè certo sarebbe lecito estender più oltre la penalità da infliggersi. La madre, nonostante questa sua mancanza, conserva

dunque intatti tutti gli altri attributi della patria potestà sui figli suoi avuti da anterior matrimonio, eccettuato l'usufrutto legale, che si è estinto pel fatto stesso della celebrazione del nuovo matrimonio, secondo l'articolo 232, e la amministrazione, che le è tolta da questa disposizione dello art. 238. I diritti di custodia, di correzione, di educazione dei figli, di consentire al loro matrimonio o all'adozione, di farne la emancipazione, restano inalterati in suo favore. Per la educazione dei figli potranno veramente in seguito esserle stabilite condizioni dal consiglio di famiglia; ma ciò limiterà solo i modi, non toglierà alla madre il diritto stesso di educazione dei propri figli; e frattanto, e finchè quelle condizioni non siano stabilite dal consiglio di famiglia, la madre proseguirà ad agire liberamente come prima che contraesse le nuove nozze.

Privata dell'amministrazione legale, e tuttavia continuandone di fatto l'esercizio, finchè non venga provveduto dal consiglio di famiglia, la madre si trova evidentemente in una posizione anormale, della quale studieremo le conseguenze nel numero successivo. Frattanto continuiamo a trarre dal testo della legge le norme regolatrici dei provvedimenti ulteriori da prendersi.

Cessata di diritto l'amministrazione materna, è necessario sostituire altra persona che la eserciti legalmente. A ciò provvede il § 2 del medesimo articolo 238, colla seguente disposizione:

" Il pretore, sull'istanza del pubblico ministero o di
" alcuna delle persone indicate negli articoli 252 e 253,
" od anche d'uffizio, deve convocare il consiglio di famiglia
" per deliberare sulle condizioni da stabilirsi per l'educa-
" zione dei figli e sulla nomina di un curatore ai loro beni ".

Le persone che possono promuovere la convocazione del consiglio di famiglia, mediante istanza diretta al pretore, che dev'esserne presidente, sono pertanto quelle stesse, che a termini dei citati articoli 252 e 253 dovrebbero far parte del consiglio medesimo. Anche il ministero

pubblico può fare simile istanza. Ma indipendentemente da tutto ciò, il pretore ha obbligo di convocare il consiglio di famiglia tostochè giunga a sua notizia la celebrazione del nuovo matrimonio contratto dalla vedova che ha figli minori d'altro letto. Basterebbe quindi anche la denunzia fatta al pretore da qualunque altra persona, sebbene non compresa nelle disposizioni degli articoli 252 e 253; ed inoltre la legge stessa ha ordinato che " L'ufficiale dello " stato civile, davanti al quale una vedova abbia contratto " matrimonio, deve informarne prontamente il pretore „ (art. 101 del Regolamento 15 novembre 1865, n. 2602).

Ufficio principale del consiglio di famiglia in questo caso è di provvedere all'amministrazione dei beni dei figli, la quale ha cessato di diritto d'appartenere alla madre passata a nuovo matrimonio. Siccome però, quand'anche la madre avesse adempito l'obbligo, che le incombeva, di promuovere la convocazione del consiglio di famiglia prima di contrarre nuove nozze, sarebbesi potuto *stabilirle condizioni riguardo all'educazione dei figli* (art. 237, § 2, codice civile), a maggior ragione compete tale facoltà al consiglio quando la madre, rendendosi colpevole d'inosservanza della legge col contrarre nuovo matrimonio senza prima aver promossa quella convocazione, ha data ragione di sospettare intenzioni poco benevole da parte sua verso i figli che ha avuti da anterior matrimonio.

Quanto all'amministrazione dei beni, quantunque la madre ne sia decaduta di pien diritto, e sia quindi più ovvio provvedimento nominare per quell'amministrazione un curatore, l'interesse medesimo dei figli può però consigliare altrimenti; perchè può darsi che l'avere mancato di far convocare il consiglio di famiglia non sia dipeso da intenzione dolosa, ma da semplice inavvertenza, o da ignoranza della legge, o da desiderio di sottrarre per quanto sia possibile la nuova unione che la vedova vuol contrarre ai giudizi poco benevoli dei parenti del marito defunto; ed allora il mantenere la perdita dell'ammini-

strazione a carico della madre potrebb'essere un rimedio assai peggiore del male, e ridondare in fine a solo danno dei figli. Perciò è stabilito dal § 3 dell'art. 238 che " Il " consiglio di famiglia può riammettere la madre all'amministrazione dei beni „. Crediamo poi che di tale facoltà possa usare il consiglio, non solo immediatamente e a vece di nominare un curatore, ma anche dopo averlo nominato, dopo ch'egli avesse per qualche tempo esercitata l'amministrazione, quando sopravvenisse qualche cangiamento di circostanze che potesse consigliare, nell'interesse medesimo dei figli, di ridare l'amministrazione dei loro beni alla madre. Al contrario quando il consiglio di famiglia, fatto convocare dalla madre prima di passare a nuovo matrimonio, avesse deliberato, a norma dell'articolo 237, di conservarle l'amministrazione dei beni, non potrebbe ritorgliela dopo, quand'anche si fossero verificate nuove circostanze atte a motivare una tale deliberazione. La madre avrebbe allora un diritto acquisito, di cui non potrebbe più incorrere la privazione se non per le cause previste dall'art. 233 cod. civile.

" Alle deliberazioni del consiglio di famiglia sono ap- " plicabili le disposizioni del secondo capoverso dell'arti- " colo 237 „ : cioè quelle deliberazioni, in quanto stabiliscano condizioni per l'educazione dei figli, o rechino la nomina d'un curatore ai loro beni, o riammettano invece la madre all'amministrazione, devono essere sottoposte al tribunale, che darà i provvedimenti da lui reputati più opportuni, sia omologando le deliberazioni prese dal consiglio, sia rivocandole o riformandole in quei modi che riconoscerà convenienti per l'interesse dei figli.

327. La madre, nel caso contemplato dall'art. 238, *ha perduta di diritto l'amministrazione legale dei beni del figlio:* cioè n'è decaduta per virtù diretta della disposizione della legge, senza bisogno che ne faccia dichiarazione il consiglio di famiglia, nè il tribunale. Per altro il minore

non potendo restare neppure per breve tempo senza chi curi i suoi interessi, deve per necessità la madre continuare nella gestione fino a che non sia stato nominato il curatore, o il consiglio non abbia riammessa lei all'amministrazione. Nè questa è per lei una mera facoltà, ma un obbligo legale, del cui inadempimento avrebbe responsabilità verso il figlio pel risarcimento dei danni che ne fossero potuti derivare. Così in questo intervallo tra la celebrazione del nuovo matrimonio e la deliberazione del consiglio di famiglia, che sebbene debba essere breve quanto sia possibile, può durare talvolta per un tempo abbastanza considerevole, non vi è più un'amministrazione legale, ma una gestione esistente in fatto e che è proseguita dalla madre.

Quali sono i poteri che tale gestione attribuisce alla madre che la esercita? Quali sono le obbligazioni che a lei ne derivano? Quali gli effetti che gli atti di tale gestione possono produrre, sia rimpetto al minore, sia verso i terzi? Nessun testo di legge risponde a questi quesiti; ond'è necessità cercarne la risoluzione nei principii generali, che regolano l'amministrazione dei beni altrui. Solo è da riflettere che essendo perduta di diritto dalla madre l'amministrazione legale, ma non essendo cessati gli altri attributi della patria potestà, questi continuerebbero a produrre i loro effetti anche per quei rapporti i quali pure riguardassero i beni del figlio. Così non par dubbio che la madre, sebbene decaduta di diritto dall'amministrazione legale, non potrebbe comprare nemmeno all'asta pubblica, nè direttamente nè per interposta persona, i beni dei figli, che continuano a rimaner soggetti alla sua potestà (art. 1457 cod. civile).

Quanto ai poteri della madre, quale amministratrice di fatto, essi si restringono a ciò che è assolutamente indispensabile nell'interesse del figlio per conservare i beni che ne formano il patrimonio e trarne le rendite di cui sono produttivi. Sarebbero quindi compiuti legalmente da

lei tutti gli atti aventi carattere puramente conservatorio, per esempio quelli interruttivi di prescrizione, e quelli tendenti alla riscossione delle rendite, il cui pagamento sarebbe fatto validamente in sue mani. Ma all'opposto un pagamento di somma capitale, fatto a lei come rappresentante del figlio, non sarebbe valido, a meno che si provasse che la cosa pagata fosse stata rivolta a vantaggio del figlio medesimo (art. 1243 cod. civ.). E generalmente qualunque atto eccedente la semplice amministrazione ordinaria, qualunque atto di disposizione dei beni, ancorchè fossero state adempite le forme abilitanti ordinariamente richieste per chi esercita la patria potestà, sarebbe nullo per mancanza di qualità nella madre a rappresentare il figlio in quegli atti; perchè gli attributi speciali della patria potestà, relativi all'amministrazione legale, erano in lei cessati per virtù della legge.

Le obbligazioni derivanti alla madre dall'amministrazione di fatto, ch'ella continua ad esercitare finchè il figlio non sia provveduto d'un curatore, o non sia essa riammessa legalmente all'esercizio di quell'amministrazione, corrispondono di necessità ai poteri sopra indicati. Ella quindi ha dovere di fare tutti gli atti necessari alla conservazione dei beni del figlio minore, per esempio eseguire o rinnovare iscrizioni d'ipoteche, interrompere prescrizioni, e simili, non che tutti quelli che siano indispensabili per realizzare le rendite appartenenti al figlio; e sarebbe responsabile dei danni che fossero derivati dall'omissione di tali atti, come d'ogni commissione od omissione di fatti relativi alla semplice amministrazione ordinaria, e che avrebbero dovuto esser compiuti da chi avesse usata l'ordinaria diligenza di buon padre di famiglia.

Quanto, in fine, agli effetti giuridici degli atti che la madre abbia compiuti in virtù della gestione di fatto da lei conservata, è chiaro che quelli fra tali atti che essa poteva e doveva effettuare secondo le regole sopra cennate, produrranno tutti gli effetti loro ordinari, sia rimpetto al

minore, sia verso i terzi, non altrimenti che se fossero stati fatti nell'esercizio legale dell'amministrazione dipendente dalla patria potestà. Gli atti, all'opposto, i quali fossero stati compiuti dalla madre fuori dei limiti di quelle facoltà, che dimostrammo a lei competenti per ragione della semplice amministrazione in cui di fatto prosegue, non avrebbero effetto contro il minore, od almeno ai terzi che volessero prevalersene potrebb'egli, o chi per lui, opporre l'eccezione di nullità, per mancanza di qualità a rappresentarlo legittimamente nella persona che ha agito in suo nome. Nè quei terzi potrebbero, argomentando per analogia dalle disposizioni degli articoli 1759 e 1762, giovarsi della *buona fede* con cui avessero contrattato; perciocchè la pubblicità del nuovo matrimonio contratto dalla madre impedisce loro d'allegarne l'ignoranza, come d'altra parte non possono avere ignorato che la madre esercente la patria potestà sui figli natile da matrimonio anteriore, prima di contrarre nuove nozze, era obbligata a far convocare il consiglio di famiglia, e in mancanza, era decaduta di diritto dall'amministrazione legale dei beni del figlio.

La nullità però di quegli atti non è che *relativa* al figlio medesimo, secondo i principii generali: essendo solo nell'interesse di lui che la madre, quantunque conservi la patria potestà, è dichiarata decaduta di diritto dall'amministrazione legale, e che perciò si considerano come nulli gli atti che in qualità di amministratrice legale ella abbia compiuti dopo aver contratto nuovo matrimonio senza aver fatto convocare preventivamente il consiglio di famiglia. Quando pertanto il figlio, o chi lo rappresenti, stimasse di suo interesse prevalersi di quegli atti, lo potrebbe contro i terzi contraenti, i quali non avrebbero diritto a giovarsi in alcun modo di quella nullità (1).

---

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 122; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 99 *bis*, n. 30; Laurent, t. IV, n. 301.

I terzi potrebbero però opporre la mancanza di qualità alla madre, che in rappresentanza del figlio esercitasse contro di loro un'azione, il cui oggetto non fosse tra quelli che possono ritenersi di sua attribuzione per la semplice amministrazione di fatto da lei conservata.

328. Le disposizioni di eccezione, che la legge ha stabilite circa la patria potestà, pel caso in cui la madre che la eserciti passi a nuove nozze, hanno tutte per base, come già dicemmo, il sospetto che il nuovo marito abusi della propria autorità ed influenza sulla madre, che l'amministrazione dei beni dei figli nati da matrimonio anteriore sia di fatto esercitata da lui, e ch'egli se ne prevalga in danno dei figli stessi. Conseguente a questo concetto era l'imporre al nuovo marito una responsabilità nell'amministrazione; e la legge non vi ha mancato; lo ha fatto anzi con un rigore che in qualche parte può apparire eccessivo. Nelle regole dettate a tale proposito è anzitutto da osservare la distinzione che è stata fatta tra il caso in cui siasi violata la legge contraendo le nuove nozze prima che il consiglio di famiglia avesse deliberato circa l'amministrazione dei beni appartenenti ai figli nati da matrimonio anteriore, e l'altro che la legge sia stata osservata convocando regolarmente e preventivamente il consiglio.

Per la prima ipotesi fu stabilito nel già citato § 1 dell'articolo 238 che " la madre perderà di diritto l'ammini- " strazione, *e suo marito sarà responsabile in solido di quella* " *esercitata per lo passato ed in appresso indebitamente* " *conservata* ".

Qui vi è più che il sospetto di futuri possibili abusi dell'autorità e dell'influenza del nuovo marito sulla madre; v'è una *presunzione di dolo*, fondata non senza ragione sul fatto stesso del nuovo marito, che ha contratto il matrimonio senza che fosse adempito il precetto di precauzione della legge, convocando preventivamente il consiglio di famiglia per farlo deliberare sull'amministrazione dei beni

appartenenti ai figli che la sposa ha avuti da altro matrimonio. Basata dunque sulla violazione della legge e su una *presunzione di dolo*, la disposizione sopra riferita, che impone al marito la *responsabilità dell'amministrazione esercitata dalla madre per lo passato ed in appresso indebitamente conservata*, assume il carattere d'una *pena civile*, che s'infligge al marito medesimo; e ciò serve anche a spiegare l'estensione che si è data a tale responsabilità.

Il codice Francese, nell'analoga disposizione dell'articolo 395, diceva soltanto che in mancanza di previa convocazione del consiglio di famiglia, la madre tutrice, che contraeva nuovo matrimonio, perdeva *ipso jure* la tutela; " ed il suo nuovo marito era solidariamente responsabile " *di tutte le conseguenze della tutela che essa aveva indebi-* " *tamente conservata*.

Ciò dava luogo ad una questione agitatissima, per determinare se il nuovo marito fosse responsabile della sola gestione posteriore alla celebrazione del matrimonio, od anche di quella anteriore.

Non riferiremo i molti e gravi argomenti ch'erano addotti pro e contro. Sarebbe superfluo, poichè la legge nostra, come si vede, ha risolta espressamente la questione; e d'altronde quegli argomenti cadevano in gran parte sul testo, differente dal nostro, e sulle discussioni che avevano preparata la formazione del codice Francese.

Ci limiteremo a dire che l'opinione più comune, e consacrata generalmente dalla giurisprudenza, era per estendere la responsabilità del nuovo marito anche alla gestione anteriore alla celebrazione del matrimonio (1). Per giustificare razionalmente questa massima, si diceva che non facendo convocare il consiglio di famiglia, la madre avrebbe

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 108, n. 1; Duranton, t. III, n. 426; Valette sur Proudhon, t. II, chap. VII, sect. I, obs. VII, pag, 290; Duvergier sur Toullier, t. II, n. 1097, n. 4; Marcadé, art. 395, § II, t. II, n. 187; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 99 *bis*, n. 26.

dovuto, siccome decaduta di diritto dalla tutela, rendere il conto e pagarne il reliquato; che non avendo ella eseguito ciò, il marito, che la legge presumeva partecipe di dolo, doveva essere responsabile del pagamento di tale reliquato; tanto più perchè il contegno del nuovo marito dava luogo a supporre che la madre fosse solvibile al tempo della celebrazione del matrimonio, ed era da ritenere che fosse divenuta insolvibile posteriormente, perchè altrimenti la questione non presenterebbe più pel marito stesso un vero interesse. Come è facile accorgersi, questa opinione, che forse era la meglio fondata guardando unicamente al testo del codice Francese, quando poi voleva giustificarsi razionalmente avea bisogno di qualche sforzo.

La massima contraria era sostenuta da autorità minori di numero, ma tuttavia imponenti (1). Gli argomenti razionali a sostegno di quest'opinione venivano più spontanei. Per quanto, dicevasi, si voglia ritener colpevole il nuovo marito, per quanto si voglia presumere contro di lui il dolo, la responsabilità che gli si voleva imporre era esorbitante, e dura tanto da potersi chiamare ingiustizia; tanto più che ciò che si presume effetto di dolo, può bene spesso derivare soltanto da ignoranza, da trascuratezza, o da altre cause, se non giustificabili, scusabili almeno. Ad ogni modo, come mai si poteva rendere responsabile il nuovo marito della gestione anteriore al matrimonio, d'una gestione forse già antica, ed alla quale egli può essere stato, e sarà stato spesso assolutamente estraneo?

Nondimeno gli autori del nostro codice si attennero alla massima più generalmente ricevuta, conforme anche alle tradizioni del diritto romano; e dichiararono il nuovo marito responsabile in solido colla madre così *della gestione da lei esercitata per lo passato, come di quella in appresso*

---

(1) V. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 594-595; Demolombe, t. VII, n. 127; Laurent, t. IV, n. 389.

indebitamente conservata. Non è un'applicazione dei principii comuni di diritto che siasi inteso di fare; è una pena che si è voluto infliggere al nuovo marito, pel fatto d'aver contravvenuto alla legge, contraendo matrimonio con una vedova avente figli, senzachè prima fosse stato convocato il consiglio di famiglia; pena per certo assai grave, esorbitante anche, se vuolsi, ma che si è creduta giustificata per la *presunzione di dolo* che accompagna la condotta tenuta dal nuovo marito, e per la necessità di assicurare l'interesse dei figli minori.

Potrà quindi accadere che una donna rimasta vedova, con un figlio in tenerissima età, abbia tenuto per diciotto o vent'anni l'amministrazione dei beni lasciati a questo figlio dal marito predefunto, prima di determinarsi a contrarre un nuovo nodo coniugale con un uomo che non aveva fino allora conosciuto. Ma se questo matrimonio venga celebrato senza far prima convocare il consiglio di famiglia, il nuovo marito sarà responsabile di tutta quella lunga gestione, alla quale è stato assolutamente estraneo, della quale era completamente inconscio. Non gli varrà il lamentare la enormità imprevista del carico; non l'allegare di non aver presa nessuna parte diretta nè indiretta a quella gestione, di non averne neppure avuta alcuna notizia. Lo condanna inesorabilmente il rigor della legge per una mancanza, che può essere effetto d'ignoranza o d'inavvertenza, ma che si presume dipendere da *dolo!*

329. Ci resta di considerare l'altro caso, in cui la disposizione della legge sia stata pienamente osservata, e il consiglio di famiglia, convocato prima della celebrazione del matrimonio, abbia deliberato di conservare alla vedova, che vuol passare a nuove nozze, l'amministrazione dei beni dei figli ch'ella ha avuti da un precedente matrimonio. Dispone allora l'art. 239:

" Quando la madre è mantenuta nell'amministrazione " dei beni, o vi fu riammessa, suo marito s'intende sempre

" associato alla medesima nell'amministrazione, e ne di-
" viene responsabile in solido „.

Il legislatore, convinto che nel maggior numero dei casi sarebbe il nuovo marito che amministrerebbe di fatto, quantunque amministratrice di diritto fosse la madre passata a nuovo matrimonio, ha preferito che il marito partecipasse anche legalmente a tale amministrazione, assumendo la responsabilità corrispondente; concetto in verità non censurabile.

A questa grande differenza, quanto ai motivi, rispetto al caso precedente, in cui vedemmo considerarsi la responsabilità imposta al marito come una pena inflittagli per aver contravvenuto alla legge, corrisponde una differenza non minore di effetti. Imperciocchè il nuovo marito, che ha contratto il matrimonio colla vedova senza che prima fosse convocato il consiglio di famiglia, è responsabile di tutta l'amministrazione, tanto precedente quanto posteriore alla celebrazione del matrimonio; mentre quando il consiglio fu regolarmente convocato, e deliberò di conservare l'amministrazione alla madre, la responsabilità del nuovo marito non può cominciare che *dal giorno della celebrazione del matrimonio*. Inoltre nel primo caso il marito non ha che la responsabilità, senz'alcun diritto. Egli non potrebbe reclamare legalmente alcuna partecipazione attiva nell'amministrazione esercitata dalla moglie sua pei figli ch'ella ha avuti d'altro letto; e nondimeno dovrebbe sottostare all'obbligazione del risarcimento di tutti i danni che da quell'amministrazione fossero derivati, sia per commissioni, sia per omissioni. Posizione singolare invero e pericolosa! Nel secondo caso invece, s'egli ha la responsabilità, ha anche il diritto di prender parte nell'amministrazione insieme alla madre. Con tale intendimento fu infatti usata quell'espressione, che il nuovo marito *s'intende sempre associato nell'amministrazione;* come risulta chiaramente dal processo verbale della Commissione coordinatrice, che abbiamo sopra citato.

Così parrebbe tolta per noi l'occasione a riprodursi quella grande diversità di opinioni ch'erasi manifestata intorno all'art. 396 del codice Francese; secondo il quale il consiglio di famiglia, conservando la tutela alla madre, *le dava necessariamente per contutore il secondo marito*. Si domandava a chi spetterebbe allora l'esercizio effettivo della tutela. E alcuni rispondevano che spetterebbe al marito, se vivendo colla moglie in comunione di beni, avesse l'amministrazione anche dei beni di lei; altri che dovesse agire la madre coll'autorizzazione del nuovo marito; altri che gli atti della tutela, per esser validi a fronte del minore, dovessero, in generale, esser fatti col concorso della madre e del secondo suo marito, fatta però eccezione pel caso in cui l'uno facesse gli atti dell'amministrazione senza che l'altro vi si opponesse; altri in fine che ogni atto d'amministrazione dovesse, senza limitazione alcuna, esser fatto col consenso d'ambidue i coniugi, l'uno dei quali aveva la tutela, e l'altro la contutela.

Secondo la legge nostra sembra chiaro che nessun atto, sia poi d'amministrazione semplice o di disposizione, possa aver luogo senza l'accordo della volontà della madre, alla quale fu conservata l'amministrazione legale, e del nuovo marito, che la legge dichiara *associato* in tale amministrazione. Nè parrebbe bastante la sola *mancanza d'opposizione* da parte d'uno dei coniugi agli atti che l'altro facesse; perchè allora potrebbe facilmente avvenire che di fatto amministrasse il solo marito, contro gl'intendimenti palesi della legge. Vero è che la necessità di tale consenso potrebbe produrre qualche inconveniente, perchè il dissenso d'uno potrebbe paralizzare l'amministrazione con danno dei figli. Ma contro tale pericolo vi sarebbe sempre il rimedio di ricorrere al tribunale, a cui spetta, secondo lo spirito della legge, il dare tutti quei provvedimenti dei quali durante l'esercizio della patria potestà si manifesti il bisogno nell'interesse dei minori che vi sono soggetti. E qui il bisogno sarebbe manifesto, non potendosi permet-

tere che l'opposizione infondata d'uno di coloro, che partecipano all'amministrazione, basti ad impedire irrimediabilmente qualche atto che sia necessario od utile nello interesse del minore. Il tribunale risolverebbe dunque la vertenza nel modo che riconoscesse più conveniente pel figlio, e potrebbe anche dar facoltà al richiedente di procedere da solo all'atto contestato.

Le regole che siam venuti esponendo sono anche comuni, per espressa disposizione dell'art. 239, al caso in cui siasi celebrato il matrimonio senza prima far convocare il consiglio di famiglia, ma questo abbia deliberato dopo di *riammettere la madre all'amministrazione dei beni* (art. 238, § 3, cod. civ.). Allora però la situazione prende due aspetti in parte diversi. Pel tempo anteriore a questa deliberazione del consiglio di famiglia, il nuovo marito è responsabile tanto dell'amministrazione che la madre ha esercitata precedentemente alla celebrazione del matrimonio, quanto di quella che ha continuata poi di fatto, quantunque il marito stesso non abbia partecipato in nessun modo a quell'amministrazione. Posteriormente alla deliberazione del consiglio, il marito, mantenendo sempre la sua responsabilità per l'amministrazione a cui la madre fu riammessa, vi si trova però *associato* legalmente.

§ IV. — *Del curatore al ventre.*

Sommario. — 330. Idee generali in questo argomento. Motivi della istituzione. — 331. (*a*) Delle condizioni necessarie per far luogo alla nomina d'un curatore al ventre. — 332. Se possa fare ostacolo l'esistenza d'altri figli nati dal medesimo matrimonio. — 333. Se sia necessaria la dichiarazione della vedova d'essere incinta, e se tale dichiarazione basti. — 334. (*b*) Quali persone, ed a quale autorità, possano fare istanza per la nomina del curatore al ventre. — 335. (*c*) Quali siano, in generale, gli uffici del curatore al ventre. — 336. Quali poteri gli appartengano relativamente all'amministrazione de' beni da devolversi al nascituro. — 337. Quali poteri gli appartengano per evitare i pericoli d'una supposizione o soppressione di parto, o d'una sostituzione di figlio. —

338. (*d*) Quando cessino gli effetti legali della nomina del curatore al ventre, e quali siano le conseguenze di tale cessazione.

330. " Se alla morte del marito la moglie si trova " incinta, il tribunale, sull'istanza di persona interessata, " può nominare un curatore al ventre " (art. 236 cod. civ.). Ci parve di dover classificare anche questa disposizione tra quelle che arrecano limitazioni all'esercizio della patria potestà. Dimostrammo infatti in altro luogo che anche la madre ha, in virtù della disposizione dell'art. 224, § 1, la rappresentanza dei figli nascituri, per tutti i diritti che possano aprirsi in loro favore dopo il loro concepimento; e quantunque non possa veramente esservi patria potestà se non quando il figlio sia nato, pure la finzione della legge fa considerare come un attributo della patria potestà stessa questa rappresentanza del figlio concepito (1). Spetta dunque alla madre, secondo i principii generali, di rappresentare il figlio ch'ella porta nel seno al tempo della morte del suo marito, di esercitare i diritti che eventualmente si aprano in favore di lui, di amministrare i beni che gli si dovranno devolvere nel caso ch'egli nasca vivo e vitale. La istituzione del *curatore al ventre* non è che un'eccezione a questa regola.

Nel progetto di codice presentato dal ministro al Senato s'era infatti creduto opportuno di confermare la regola predetta con una dichiarazione espressa; nè vi si faceva quella eccezione. " La moglie, diceva l'art. 209 del pro- " getto, che alla morte del marito si trovi incinta, avrà " l'amministrazione dei beni, che saranno per devolversi " al nascituro ".

Ma la istituzione del curatore al ventre aveva per sè antichissime tradizioni del diritto. La protezione dovuta ai concepiti, la situazione pericolosa che si verifica nel caso che alla morte del marito la moglie si trovi incinta, pel

---

(1) V. sopra, n. 194, pag. 440 e seg.

conflitto d'interessi che può sorgere tra la madre e il nascituro o terze persone, e che potrebbe spingere, secondo i casi, ad una soppressione o ad una supposizione di parto, od anche ad una sostituzione di persona, destarono sempre la sollecitudine dei legislatori. Il diritto romano, non solo aveva ammessa la istituzione del curatore al ventre, ma l'aveva circondata di molteplici e particolari cautele, che certo non sarebbero più conciliabili coi costumi attuali, colla delicatezza di sentimenti portata dal progresso della civiltà, col rispetto alla libertà individuale, che è fondamento alle odierne istituzioni civili e politiche. Abbandonate tali idee particolari di applicazione, non più accettabili, il concetto fondamentale della istituzione era però stato accolto anche nelle legislazioni che precedettero l'attuale nostra. L'ammettevano il codice Napoleone (art. 393), l'Austriaco (§ 274), il Napoletano (art. 315), il Parmense (art. 169, § ult.°, 262), l'Albertino (art. 251), l'Estense (art. 206, §§ 4 e 5, 295).

La Commissione del Senato reputò opportuno di ritornare in parte alle tradizioni antiche, restringendone però d'assai il concetto; poichè la curatela al ventre volevasi limitare alla sola *amministrazione dei beni da devolversi al nascituro*.

Nell'articolo 252 si proponeva infatti la seguente disposizione:

“ Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il “ consiglio di famiglia nominerà ai beni da devolversi al “ nascituro un curatore, che potrà anche essere la stessa “ moglie „.

I motivi ne furono chiaramente esposti dall'illustre relatore Vigliani.

“ Nel caso che alla morte del marito la moglie si trovi “ incinta, il progetto le attribuisce l'amministrazione dei “ beni che saranno per devolversi al nascituro. Il codice “ Napoleone ed i codici Italiani prescrivono che in questo “ caso sia dal consiglio di famiglia deputato un *curatore al*

" *ventre pregnante*. L'una e l'altra disposizione è sembrata
" non abbastanza appropriata alla varietà dei casi.

" Quando la moglie incinta abbia altri figli, ai quali si
" devolverebbero i beni del nascituro, ove questi non na-
" scesse vivo, o nascesse non vitale, non vi avrebbe peri-
" colo di conferire alla madre, già investita dell'ammini-
" strazione dei beni dei figli nati, anche quella dei beni
« del figlio nascituro. Non è qui da temere un conflitto di
" interessi. Ma qualora, mancando il nascituro, i beni
" spettar dovessero ad estranei alla famiglia, egli è chiaro
" che l'opposizione tra l'interesse di questi e quello della
" madre o del nascituro, esige che non alla madre, ma ad
" altro disinteressato si confidi la cura dei beni del nasci-
" turo. Per provvedere a queste diverse contingenze la
" Commissione ha divisato di commettere al consiglio di
" famiglia di nominare ai beni del postumo un curatore,
" dichiarando che potrà anche essere nominata la stessa
" moglie. La prudenza del consiglio provvederà nel modo
" più conforme alla conservazione dei diritti di tutti gli
" interessati nella varietà dei casi ".

Dalla Commissione coordinatrice fu ripreso in esame questo punto e diede luogo a manifestarsi diverse opinioni. V'era chi pensava bastare la disposizione generale dell'articolo 238 del progetto senatorio a cui corrisponde il 224 del codice attuale, per provvedere sì alla rappresentanza del nascituro, la quale per la premorienza del padre spetterebbe alla madre, e sì ancora al conflitto d'interessi che potesse verificarsi tra la madre e il figlio nascituro, o tra questo ed altri figli; nel qual caso potrebbesi, secondo il predetto articolo, nominare al nascituro medesimo un curatore. V'era chi giudicava irrazionale, dopo avere attribuita anche alla madre la patria potestà civile, il dare un curatore ai beni del nascituro, quasi che si sospettasse che ella non li amministrasse convenientemente. In fine fu proposta la disposizione che ora abbiamo nell'art. 236, e venne approvata col dissenso di soli due commissari, uno

dei quali dichiarò “ *di preferire il progetto senatorio, perchè* “ *credeva che la istituzione del curatore al ventre più non* “ *fosse consona all'indole dei tempi nostri* „ (1).

Da quanto abbiam riferito è agevole rilevare la importante differenza del concetto definitivamente adottato nel nostro codice, rispetto a quello ch'era stato proposto dalla Commissione del Senato. Il progetto senatorio faceva luogo alla nomina d'un *curatore ai beni da devolversi al nascituro.* Provvedere all'amministrazione e conservazione dei beni, alla cui successione fosse chiamato il figlio soltanto concepito al tempo della morte del padre, era l'unico scopo che si prefiggeva; e la nomina del curatore era necessaria, salvochè poteva essere destinata a tale ufficio la madre stessa. La Commissione coordinatrice ritornò al concetto antico e più ampio, della nomina d'un *curatore al ventre pregnante.* L'amministrazione dei beni da devolversi al nascituro non è che una parte dell'ufficio assegnato a questo curatore; egli ha un'altra missione importantissima, quella, cioè, di vigilare per impedire una simulazione di gravidanza ed una supposizione di parto, od al contrario una soppressione od anche una sostituzione di persona.

I motivi che sotto tali diversi aspetti reclamavano le provvidenze del legislatore sono facilmente giustificabili.

La capacità del concepito, la vocazione ereditaria di lui, dipende dalla condizione ch'egli *nasca vivo e vitale* (art. 724, n. 2, 764 cod. civ.). Pel caso che questa condizione si verifichi, interessa alla protezione dovuta ai diritti eventuali del concepito, che questi gli siano conservati illesi contro qualunque attentato che potesse commettersi da coloro i quali avessero un interesse opposto al suo; ed è ben vero che il concepito ha per naturale rappresentante la stessa madre sua (art. 860, § 2, cod. civ.), ma l'interesse di lei trovandosi facilmente in conflitto con quello del figlio

(1) V. Proc. verb., n. 17, § III, pag. 182-184.

nascituro, era prudente il far luogo alla nomina d'un curatore perfettamente disinteressato.

Pel caso contrario, che il figlio non nascesse vivo o non vitale, v'era ancora l'interesse dei chiamati alla successione in luogo di lui, che meritava la protezione della legge.

È chiaro pertanto che in questa parte l'ufficio del curatore, consistente nell'amministrazione dei beni, alla cui successione sia chiamato il nascituro, non ha solo per iscopo la tutela degl'interessi del nascituro medesimo, ma la conservazione del patrimonio che gli sarebbe riserbato, tanto a pro di lui, pel caso ch'egli nasca poi vivo e vitale, quanto a pro di coloro ai quali in caso contrario dovrebbe devolversi la eredità.

La curatela al ventre pregnante ha eziandio, come già accennammo, altri fini non meno importanti per certo di quello dell'amministrazione del patrimonio; poichè riguardano la esistenza stessa del nascituro. Il pericolo più manifesto e più frequente è che la vedova, per togliere la successione del marito ai naturali eredi di lui, ed assicurarne in proprio vantaggio l'usufrutto, simuli la gravidanza e faccia *supporre falsamente il parto*. Può temersi ancora che, al contrario, per lo scopo di conservarsi vantaggi che le sarebbero tolti dalla nascita del figlio, ella *sopprima il parto*. Può avvenire, in fine, che nascendo il figlio non vitale, venga fatta una *sostituzione*, al fine di ottenere il beneficio dell'usufrutto dei beni del defunto marito. Tali sono i pericoli che la istituzione del curatore è destinata ad ovviare; e perciò appunto le si mantenne la denominazione di *curatela al ventre*, che trasse dai testi del diritto romano, e che, per quanto siasi potuto tacciarla di sconvenienza, esprime pure nel modo più completo tutto lo scopo che si volle con tale istituzione raggiungere.

I pericoli sopra cennati possono però in moltissimi casi non essere ragionevolmente temibili; ed allora non sarebbe giusto nè opportuno il derogare alle norme comuni, secondo le quali deve spettare alla madre la rappresentanza del

figlio nascituro, e l'amministrazione dei beni che a lui si dovrebbero devolvere. Quindi è che la nostra legge non ha resa obbligatoria la nomina del curatore al ventre, ma l'ha lasciata *facoltativa*, rimettendo alla prudenza dei giudici il riconoscerne, secondo le circostanze dei casi, l'opportunità.

Entrando ora in materia, ci proponiamo di dividerne la trattazione nei seguenti punti principali:

1° Quali condizioni debbano verificarsi affinchè la nomina del curatore al ventre possa aver luogo;

2° quali persone possano fare istanza per tale nomina, ed a quale autorità spetti il pronunciarla;

3° quali siano gli uffici e i poteri speciali attribuiti dalla legge al curatore;

4° quando debba cessare l'effetto legale della nomina del curatore, e quali ne siano le conseguenze.

331. (*a*) Quanto alle condizioni necessarie per far luogo alla nomina del curatore al ventre, la legge ne indica una sola: se alla morte del marito la moglie si trovi incinta „. Basta ciò veramente, oppure di qualche altra condizione risulta la necessità dai motivi della legge, dallo spirito stesso della istituzione? Può presentarsi in proposito qualche dubbiezza, che procureremo di sciogliere nei numeri successivi. Frattanto, considerando la questione sotto l'aspetto generale e astratto, ci par già di trovare elementi bastanti per poter rispondere che non v'è altra condizione assolutamente indispensabile. L'istituzione del curatore al ventre è una creazione del diritto positivo. La legge ha dichiarato ciò che esige affinchè quella istituzione possa applicarsi. L'aggiungere altre condizioni sarebbe un mero arbitrio, costituirebbe una usurpazione sul potere del legislatore.

D'altra parte si giustifica facilmente che questi siasi limitato a richiedere ciò che è fondamentale della istituzione stessa del curatore al ventre, che cioè alla morte del marito la moglie si trovi incinta, senza aggiungere ulteriori condizioni. Imperocchè, come già osservammo, il nostro

codice non ha imitato altre legislazioni, che rendevano obbligatoria la nomina del curatore, ma invece l'ha lasciata facoltativa, deferendo alla saggezza dell'autorità giudiziaria il determinare, secondo le circostanze particolari di ciascun caso, se vi siano o no motivi sufficienti che la rendano opportuna pei fini a cui l'istituzione è destinata. Posto questo principio, era coerente che il legislatore si astenesse dal prescrivere qualunque condizione speciale, lasciando che il tribunale si decidesse liberamente, avendo per sola norma direttiva l'influenza delle circostanze valutate a suo prudente criterio.

332. Tra le difficoltà, che accennammo potersi presentare nell'argomento di cui ora trattiamo, è principale quella di decidere se possa esservi luogo alla nomina del curatore nonostantechè vi siano altri figli nati dal medesimo matrimonio. Le opinioni degli autori francesi erano a tale proposito divise. Alcuni insegnavano che la nomina del curatore potesse farsi soltanto quando non vi fosse alcun altro figlio, senza distinguere tra figli maggiori o minori di età, emancipati o no (1). Altri professavano la massima assolutamente opposta, ritenendo però che se gli altri figli fossero minori non emancipati, il consiglio di famiglia dovesse nominare curatore al ventre il *surrogato tutore* di quei figli (2). Altri, in fine, distinguevano se gli altri figli fossero maggiori di età o emancipati, o fossero minorenni non emancipati; ritenendo che nel primo caso si potesse nominare un *curatore al ventre*, mentre non lo si potesse nel secondo caso (3). Quest'ultima teoria fu accolta anche da un illustre commentatore del codice nostro (4); e bi-

(1) V. Duranton, t. III, n. 429; Taulier, t. II, pag. 17; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 592; Laurent, t. IV, n. 394.

(2) V. Magnin, *Des minorités*, t. I, n. 592-599; De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. I, n. 62.

(3) V. Delvincourt, t. I, pag. 105, n. 15; Marcadé, art. 395; Demolombe, t. VII, n. 70-73.

(4) V. Borsari, *Comm.*, art. 236, § 552, t. I, pag. 867-868.

sogna riconoscere ch'essa troverebbe appoggio nelle considerazioni precedentemente riferite della Commissione senatoria (1). Diceva il relatore che quando vi siano altri figli " non vi è pericolo nel conferire alla madre, già investita dell'amministrazione dei beni dei figli nati, anche quella dei beni del figlio nascituro; non è qui da temere un conflitto d'interessi „. Notiamo però che questa osservazione, la quale aveva grandissimo peso nel sistema preferito dalla Commissione senatoria, che escludendo la nomina d'un *curatore al ventre*, faceva luogo soltanto a deputare un *curatore ai beni da devolversi al nascituro*, non pare che possa avere un valore sufficiente nel sistema definitivamente ammesso nel codice nostro, che ripristinò la *curatela al ventre*. Sia pure che gli altri figli nati dal medesimo matrimonio siano soggetti alla patria potestà della madre superstite. Questa avrà allora in tale qualità l'amministrazione di tutta l'eredità del coniuge predefunto, devoluta ai figli, e potrà dirsi che in tale rapporto *non sia da temere un conflitto d'interessi;* abbenchè potrebbesi affacciare il sospetto che per favorire gli altri figli a scapito del nascituro, si occultassero beni appartenenti all'eredità. Ma ammettiamo pure che contro simili pericoli offra guarentia sufficiente l'affetto stesso della madre, generalmente eguale pel figlio nascituro come pei già nati. Ad ogni modo però l'amministrazione dei beni non è il solo ufficio del curatore. Egli deve vigilare contro qualunque tentativo di supposizione o soppressione di parto o sostituzione di persona. Forsechè il pericolo di tali misfatti cessa del tutto per la esistenza d'altri figli minori e non emancipati? La madre può avere interesse a simulare la gravidanza e a far supporre la nascita d'un nuovo figlio, od a sostituire altro bambino a quello che le fosse nato morto o non vitale, per aumentare, in ragione della quota che a questo nuovo figlio perverrebbe, il proprio usufrutto legale, e per conservarlo

---

(1) V. sopra, n. 330, pag. 936-937.

più lungamente, mentre l'altro figlio fosse già prossimo alla maggiore età; può avere al contrario interesse a sopprimere il parto, affinchè la porzione della eredità del coniuge predefunto, sulla quale le spetta l'usufrutto per diritto successorio, non sia diminuita maggiormente, dovendosi stabilirla in ragione del numero dei figli comprendendovi il coniuge superstite (art. 753, 812 cod. civ.). Non è questo un conflitto d'interessi, che può verificarsi tra la madre e il figlio nascituro od anche tra lei e gli altri figli, e può giustificare che per protezione dei figli medesimi si nomini un curatore, affinchè vegli contro ogni tentativo di supposizione o soppressione di parto o di sostituzione di persona?

Neppur crediamo che possa attribuirsi per noi molta efficacia in questo argomento all'autorità degli scrittori francesi; i quali parlavano d'un codice che presentava differenze notevolissime rispetto a ciò che fu ritenuto dal nostro legislatore. La madre superstite non esercitava sui figli, avuti dal matrimonio disciolto, la patria potestà, ma la semplice tutela. V'era quindi un *surrogato tutore*, il cui ufficio principale e ordinario consistendo nel vigilare sull'amministrazione del tutore, era con ciò già provveduto abbastanza a proteggere gl'interessi tanto dei figli già nati che del nascituro, sia quanto all'amministrazione dei beni, ai quali quest'ultimo, nascendo vivo e vitale, sarebbe chiamato a prender parte, sia eziandio quanto a prevenire una soppressione o supposizione di parto od una sostituzione di figlio. A questo concetto pareva infatti informarsi il testo del codice Francese; il quale dicendo (art. 393) che al nascere del figlio postumo *la madre ne sarebbe tutrice e il curatore diverrebbe di pien diritto surrogato tutore di lei* sembrava supporre che non vi fosse prima tutela, cioè non vi fossero figli minori.

Ma nella legislazione nostra la condizione delle cose è tutt'affatto diversa. La madre superstite non essendo semplice tutrice, ma esercitando la patria potestà, non vi

essendo quindi un *protutore*, mancherebbe ogni vigilanza, ogni mezzo di precauzione contro i possibili pericoli di supposizione o soppressione di parto o di sostituzione, se essendovi altri figli minori di età non si potesse nominare un curatore al ventre.

Un altro punto importante di differenza tra il codice Francese ed il nostro è che secondo quello la nomina del curatore al ventre, quando alla morte del marito la moglie si trovasse incinta, era obbligatoria. Ora non si può disconoscere che i pericoli, contro i quali ha voluto premunirsi la legge, ammettendo la nomina d'un curatore al ventre, sono assai minori quando la vedova abbia altri figli, e specialmente se questi siano soggetti alla sua patria potestà. Epperò gli autori francesi ne traevano un argomento di gran peso; dicendo che sarebbe stato assurdo il volere assolutamente la nomina d'un curatore al ventre anche per quei casi nei quali non si presentassero pericoli abbastanza gravi da prevenire. Ma secondo la nostra legge la nomina del curatore al ventre essendo lasciata in semplice facoltà del tribunale, la forza di questa argomentazione scomparisce, o piuttosto si rivolge in senso contrario. Tutti veggono, e lo riconoscevano gli stessi autori francesi sopra citati, che i pericoli di supposizione o soppressione di parto o di sostituzione di figlio possono verificarsi quand'anche esistano altri figli nati dal medesimo matrimonio; solamente quei pericoli saranno allora in minor grado. Or bene, al più od al meno nei motivi che possano dar luogo alla nomina d'un curatore al ventre, non corrisponde forse abbastanza la facoltà attribuita al tribunale di procedere o no a tale nomina? Se non si presenteranno ragioni abbastanza gravi di sospetto, il tribunale respingerà l'istanza dell'interessato per la nomina del curatore. Ma se le circostanze dànno indizio di pericoli, che non si possono con sicurezza evitare se non impiegando questo mezzo, se, per esempio, la condotta stessa della vedova porge ragioni di dubitare gravemente di lei, perchè dunque si lasciereb-

bero sprovvisti della necessaria protezione gl'interessi degli altri figli e quelli del nascituro?

Ci sorprende che il *Borsari* abbia adoperato questo stesso argomento in senso opposto. Dopo avere riferita l'opinione del *Marcadé*, che la nomina del curatore al ventre possa farsi *solo nel caso in cui non esistano, alla morte del marito, altri figli del matrimonio, minori e non emancipati*, l'autore soggiunge: “ Questa interpretazione è “ tanto più accettabile per la dizione meramente facolta- “ tiva del nostro articolo (il tribunale può nominare): e “ in un simile caso *non dovrebbe* „. Perchè dunque la legge lascia facoltà al tribunale di nominare o no il curatore, avremmo a conchiuderne che in certi casi *debba astenersi dal nominarlo?* A noi sembra invece di doverne dedurre che in ogni caso sia sempre lasciato al prudente apprezzamento del tribunale, secondo consiglino le circostanze, l'accogliere o respingere l'istanza per la nomina del curatore; e ciò reputiamo più conforme, oltrechè al testo della legge ed alla sua generalità, allo scopo della disposizione, alla protezione che si vuole assicurare all'interesse del nascituro e degli altri figli.

Pel caso che il figlio od i figli già nati siano maggiori di età od emancipati, è ancora più facile e sicuro il convincersi che la disposizione generale dell'articolo 236 sia applicabile, che possa, cioè, essere nominato pel figlio nascituro un curatore. Infatti è assai maggiore su questo punto l'accordo delle opinioni. I motivi che furono dimostrati nell'ipotesi precedente sussistono ugualmente in questa. E vi si aggiunge un'altra considerazione; che cioè cogli altri figli maggiori può temersi più facilmente una collusione in danno del nascituro, sia per una soppressione di parto, sia per sottrarre beni appartenenti alla eredità, nella quale il nascituro medesimo sarebbe chiamato a succedere. Quali sono infine le obbiezioni che si fanno a questa massima? Si dice che la legge non avendo preveduto questo caso, diverrebbe quindi arbitraria la nomina

del curatore. Ma la legge ha dichiarato, in genere, che si fa luogo a poter nominare un curatore al ventre qualora alla morte del marito la moglie si trovi incinta; senza distinguere se vi siano o no altri figli nati dal medesimo matrimonio, nè se essi siano maggiori o minori di età. Non è dunque che manchi la disposizione della legge la quale provveda anche per questo caso; è vero piuttosto che si tenterebbe di escluderlo col mezzo d'una distinzione arbitraria perchè introdotta in un testo che non l'ammette. Si afferma ancora che nell'ipotesi attuale manchino i motivi della legge; perchè non è il caso di dover provvedere all'amministrazione, che spetta agli altri figli maggiori, siccome eredi del padre; e neppur si verifica l'altro scopo d'impedire una supposizione di parto, essendo interessati in ciò gli altri figli stessi, i quali eserciteranno una sorveglianza efficace sulla madre. Ma l'amministrazione potrebbe essere esercitata dagli altri figli in modo da avvantaggiarli in pregiudizio del nascituro; e la vigilanza sulla madre non sarebbe esercitata dai figli, pei loro stessi rapporti verso di lei, con quella libertà che avrebbe un curatore estraneo, nè con quell'autorità che possono dare a questo ultimo i provvedimenti che il tribunale è in facoltà di ordinare.

Così ci sembra ben certa l'applicabilità dell'art. 236 anche al caso in cui vi siano altri figli, siano poi questi maggiori o minori d'età; e ci confermiamo nel concetto che la nostra legge abbia provveduto nel miglior modo possibile, affidando sempre alla prudenza dell'autorità giudiziaria il riconoscere nelle circostanze particolari di ciascun caso se vi sia o no ragione di nominare un curatore al ventre.

Se un dubbio potesse restare, sarebbe intorno al vedere se essendovi altri figli nati dal medesimo matrimonio, potesse competere al curatore nominato al ventre anche l'ufficio di amministrare i beni, in conformità delle sue attribuzioni ordinarie. Ed è stata adottata la risoluzione

negativa (1). Tuttavia anche di questo è lecito dubitar molto per noi, che abbiamo disposizioni legislative diverse in parte da quelle del codice Francese. Gli altri figli sono essi minori e non emancipati? L'amministrazione della eredità paterna spetta allora per la parte loro alla madre, in virtù della patria potestà. E le spetterebbe anche, secondo le regole generali, pel figlio nascituro: ma essendo possibile un conflitto tra l'interesse di lui e quello degli altri figli e della madre, ed essendo appunto per motivo di tale conflitto che può farsi luogo alla nomina d'un curatore al ventre, è naturale che a questo curatore spetti anche l'amministrare, per quanto riguardi la parte del nascituro stesso al fine di proteggere gl'interessi di lui. Quei figli sono maggiori di età? E allora l'amministrazione spetta a loro per le loro quote rispettive, ma non per quella del nascituro, che dovrebb'essere normalmente rappresentato dalla madre (art. 860, § 2, cod. civ.). Ma se, avendo riguardo alle circostanze, il tribunale abbia stimato necessario od opportuno il nominare un curatore al ventre, per proteggere gl'interessi del nascituro medesimo contro possibili frodi da parte della madre, è naturale ancora che non a lei, ma al curatore sia riservata la rappresentanza del figlio e l'amministrazione della quota di eredità paterna che gli si dovrebbe devolvere.

333. Per poter far luogo alla nomina del curatore al ventre, la legge stabilisce, come dimostrammo, la necessità di un solo requisito: che “ *alla morte del marito la* “ *moglie si trovi incinta* „.

Questo fatto, che a gravidanza inoltrata diviene certo e può essere notorio in modo da rendersi superflua ogni indagine, nel primo stadio invece è circondato da un mistero impenetrabile per le stesse persone più esperte nell'arte. Il dubbio dovrà allora risolversi col non far luogo

---

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 74.

alla nomina del curatore? Oppure il provvedimento da prendersi rimarrà abbandonato affatto alla prudenza dei giudici? E in caso, su quali mezzi di prova potranno essi fondare la loro decisione? In massima sembra indubitabile che la legge abbia voluto deferir tutto in questa materia al potere discrezionale dell'autorità giudiziaria. Tale concetto risulta dai termini stessi della legge, i quali esprimono una facoltà assoluta: " il tribunale *può* nominare " un curatore al ventre ". Lo confermano inoltre i motivi della disposizione; imperocchè per la natura del fatto, che è fondamentale del provvedimento da prendersi, sarebbe impossibile esigerne una prova piena, e d'altro lato l'indole stessa del provvedimento lo rende applicabile anche ai casi di incertezza, nominandosi il curatore al ventre anche per impedire gli effetti tanto d'una simulazione di gravidanza e d'una supposizione di parto, quanto della soppressione di un parto che si verifichi.

Non esitiamo dunque a ritenere che il fatto dell'essere incinta la moglie alla morte del marito non richiede quella piena prova che è necessaria ordinariamente per la constatazione giudiziale dei fatti giuridici; che il dubbio non va sempre risolto col respingere l'istanza per la nomina del curatore al ventre; che spetta esclusivamente alla prudenza del tribunale il decidersi per quel partito che nelle circostanze particolari dei casi sembri più conforme alla protezione di quegli interessi che colla istituzione del curatore al ventre si ebbe per iscopo di tutelare, più opportuno ad evitare gli effetti di quelle frodi delle quali apparisca fondato sospetto. E similmente, quanto ai mezzi di prova particolari, crediamo che la loro ammissione debba dipendere in tutto dal savio apprezzamento del tribunale.

In questo rapporto è stato enunciato un concetto, che si presenta naturale e fino a certo punto attendibile. Si è detto che " nel primo stadio della gestazione, mancando i " segni estrinseci, tutto si riduce all'asserzione della donna " e che " la frase *si trova incinta* non significa se non che

“ *si asserisce incinta* „ (1). Ed è certo che all'affermazione della vedova dovrebbesi in ciò accordare la massima considerazione; ma non crediamo poi che alla dichiarazione di lei in questo proposito debbasi assolutamente attribuire una influenza decisiva. Dovremmo forse ritenere indispensabile la dichiarazione della vedova d'essere incinta, sicchè quando essa lo negasse, fosse assolutamente inammissibile la nomina del curatore al ventre? Ma allora questa istituzione non servirebbe più ad uno dei fini pei quali è destinata, quello cioè di prevenire una *soppressione di parto*, e diverrebbe inutile la concessione che fa la legge *a qualunque persona interessata* della facoltà di promuovere la nomina del curatore, contro la volontà della vedova stessa (2). Dovremo ritenere, all'opposto, che quando la vedova affermi d'essere incinta, sia assolutamente obbligatoria la nomina del curatore al ventre? Ma ciò sarebbe in opposizione col carattere essenzialmente *facoltativo* del provvedimento, che la legge deferisce al tribunale. Certo è che l'asserzione della vedova sarà in questo caso tanto più attendibile, perchè con ciò ella non fa che dar luogo ad un provvedimento di cui lo scopo e gli effetti tendono unicamente a rimuovere il sospetto di qualunque frode, a guarentire contro una supposizione di parto, come contro una soppressione od una sostituzione di figlio. Tuttavia la nomina del curatore al ventre ha anche una speciale conseguenza, che cioè, durante la supposta gravidanza, il curatore faccia valere, a scopo di conservarli, i diritti eventuali che al postumo apparterrebbero sulla eredità paterna, qualora egli nascesse vivo e vitale; e non sarebbe impossibile che la vedova, al fine di tenere in sospeso i diritti dei parenti più prossimi al pieno possesso di quella eredità, dichiarasse falsamente d'essere incinta. Anche qui dunque spetterà al tribunale il pronunciarsi; contrapponendo con

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 236, § 553, vol. I, pag. 869.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 62.

prudente circospezione all'asserzione della vedova le circostanze che possano giustificare il sospetto di una frode. Nè dubiteremmo, in genere, che il tribunale potesse anche ordinare all'uopo mezzi speciali d'informazione. Ma potrebbe anche ordinare una visita da eseguirsi da persone dell'arte per verificare la dichiarazione della vedova? Ciò non dovrebbe ammettersi con facilità, trattandosi di un mezzo ripugnante al pudore della donna e che le infliggerebbe una dolorosa umiliazione. Nondimeno non vorremmo neppure escludere assolutamente la possibilità di questo rimedio, qualora il tribunale nella sua saviezza, e avendo anche il debito riguardo alla qualità della persona, lo riconoscesse indispensabile per uscire dalla oscurità in cui tutte le altre circostanze lo lasciassero. Concludiamo dunque che per l'accertamento del fatto che alla morte del marito la moglie si trovi incinta, tutto è rimesso alla discrezione dell'autorità giudiziaria, indipendentemente anche dalle dichiarazioni della vedova stessa.

334. (*b*) *Qualunque persona interessata* — come espressamente lo dichiara l'art. 236 — può fare istanza affinchè sia nominato un curatore al ventre. Si è così sanzionata testualmente una massima già ammessa concordemente dalla dottrina; massima d'altronde perfettamente conforme ai principii fondamentali, poichè trattandosi d'un provvedimento diretto a proteggere gl'interessi non solo del nascituro, ma anche dei terzi ai quali si devolverebbe la eredità del defunto qualora il figlio postumo di lui non nascesse poi vivo e vitale, era ovvio che anche ai terzi medesimi si dovesse concedere facoltà di promuoverlo.

Come persone aventi interesse, a senso dell'art. 236, dobbiamo dunque intendere tutte quelle per le quali la nascita del figlio vivo e vitale distruggerebbe o diminuirebbe i diritti ad esse attribuiti per testamento o per legge sulla successione del padre defunto.

Ma dovrà considerarsi come compresa tra le persone aventi diritto di chiedere la nomina del curatore al ventre anche la vedova stessa? Non sembra potersene dubitare seriamente. È vero che trattasi d'un provvedimento adottato principalmente contro di lei, per allontanare il pericolo di frodi con cui tentasse far supporre, o di sopprimere il parto, o di sostituire un altro al figlio che le nascesse morto o non vitale; è vero eziandio che quanto all'amministrazione dei beni da devolversi al nascituro, la madre ha già per legge la piena rappresentanza di lui. Ma in fine, appunto perchè la nomina d'un curatore serve a rimuovere i sospetti di tali frodi, essa diviene per la vedova una guarentìa morale, ch'ella ha interesse di promuovere. In questo aspetto pertanto deve spettare anche a lei la facoltà di invocare l'applicazione dell'articolo 236.

In diritto Francese ritenevasi pure che il consiglio di famiglia, al quale spettava d'iniziativa sua la nomina del curatore al ventre, potesse a tal uopo essere convocato d'*ufficio* dal giudice di pace. Presso noi dovendo quella nomina esser fatta dal tribunale, non potrebbe questo procedervi se non ad istanza di qualche persona interessata, giusta l'espressa dichiarazione del predetto articolo 236. Ma sembra che nell'interesse del nascituro potesse farsi l'istanza anche dal ministero pubblico.

Reputiamo poi che sia stato savio partito l'aver deferito al tribunale, anzichè al consiglio di famiglia, la nomina del curatore al ventre; trattandosi d'un provvedimento la cui attuazione facoltativa richiede la previa decisione, spesso non facile, sulla opportunità del provvedimento medesimo per l'interesse del nascituro e dei terzi, e sui mezzi di prova che possano ammettersi per constatare la gravidanza.

La competenza poi del tribunale è determinata naturalmente dal luogo di domicilio della vedova.

335. (*c*) In corrispondenza del duplice scopo di sua istituzione, il curatore al ventre ha un doppio ordine d'uf-

fici; l'uno dei quali si riferisce all'amministrazione dei beni che debbano devolversi al figlio postumo nel caso ch'egli nasca vivo e vitale; l'altro riguarda la vigilanza per impedire una soppressione od una supposizione di parto, o la sostituzione d'un altro figlio.

Abbiam detto, in genere, che l'amministrazione devesi esercitare dal curatore sui beni che si devolverebbero al nascituro; sebbene in fatto essa si restringa quasi sempre alla eredità lasciata dal marito defunto. Ma supposto il caso, non facile a verificarsi, che dopo la morte del marito, il quale avesse lasciata incinta la moglie, si fosse aperta un'altra successione a cui potesse esser chiamato il nascituro s'egli nascesse poi vivo e vitale, non sarebbe dubbio che il curatore nominato al ventre avesse nell'interesse del concepito l'amministrazione anche di questa nuova eredità.

I termini generali della disposizione dell'articolo 236 si prestano infatti ad estendersi anche a questo caso; nel quale d'altronde può verificarsi quel medesimo conflitto d'interessi tra la madre e il nascituro od i terzi, e quello stesso pericolo di supposizione o soppressione di parto, o di sostituzione, che hanno dato motivo ad ammettere la nomina del curatore al ventre e ad affidare a lui l'amministrazione dei beni in luogo della madre.

Non sarebbe così quando si trattasse d'una successione testamentaria, alla quale il nascituro, quantunque non ancora concepito al tempo della morte del testatore, fosse stato chiamato conformemente al disposto dell'art. 764, § 2; poichè l'amministrazione di una tale eredità dovendo essere deferita ad un amministratore speciale — che sarebbe preferibilmente il coerede, a vantaggio del quale dovesse aver luogo il diritto d'accrescimento, od altrimenti il presunto erede legittimo del testatore (articoli 857-860 codice civile) — non potrebb'essere tolta a lui quell'amministrazione per trasferirla al curatore al ventre, che più tardi venisse nominato pel nascituro contemplato

nel testamento; e neppur potrebbe reclamarla la madre stessa (1).

336. Rivolgiamo ora il pensiero alla determinazione dei poteri che siano da ritenersi spettanti al curatore nell'esercizio di ciascuno dei sopraddetti uffici che gli sono assegnati; e prima occupiamoci di ciò che riguarda l'amministrazione dei beni da devolversi al nascituro.

La missione del curatore avendo per fine, come notammo, la conservazione del patrimonio che sarebbe riserbato al figlio, tanto a pro di lui, pel caso ch'egli nasca vivo e vitale, quanto a pro di coloro ai quali in caso contrario dovrebbe devolversi la eredità, è chiaro che i poteri del curatore non potrebbero nemmeno considerarsi come comprensivi di tutti quelli che sarebbero proprii d'un'amministrazione ordinaria. Fu detto assai giudiziosamente, che nel breve tempo che ha da durare il suo mandato, egli *deve conservare piuttostochè amministrare*.

È fuor di dubbio che il curatore non potrebbe avere mai facoltà che eccedessero l'amministrazione ordinaria; e se fuori di questo limite qualche atto si rendesse urgentemente necessario, il curatore non potrebbe compierlo se non osservando quelle medesime condizioni e forme che sarebbero prescritte per la madre, alla quale egli è sostituito nell'amministrazione. Così se si trattasse di riscuotere capitali o di vendere effetti mobili soggetti a facile deterioramento, dovrebbero essere adempite le formalità prescritte dall'art. 225. Non sarebbe però mai la madre che in affari eccedenti la semplice amministrazione ordinaria potesse reclamare la rappresentanza del figlio ed agire in nome di lui nonostante la nomina del curatore. Questa nomina esclude totalmente lei dall'amministrazione, e le toglie di potersene immischiare in qualunque modo; senza di che lo scopo della legge non sarebbe pienamente adempito, e

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 236, § 354, vol. I, pag. 870.

i conflitti si renderebbero frequenti e gravi, con danno del nascituro. La madre potrebbe soltanto, quando il curatore esercitasse male o negligentemente l'ufficio proprio, ricorrere al tribunale per gli opportuni provvedimenti.

Nei limiti stessi della semplice amministrazione il curatore non può fare che gli atti conservatorii e quelli che non ammettano dilazione: iscrivere ipoteche, trascrivere contratti, interrompere prescrizioni, esercitare azioni possessorie, percepire frutti e riscuotere rendite, pagare debiti esigibili, impedire deterioramenti o sottrazioni; questi e simili sono gli uffici suoi in rapporto all'amministrazione. Non avrebbe qualità per promuovere divisioni, alle quali è incerto se il nascituro potrà prender parte, poichè la qualità di erede dipende per lui dalla condizione che nasca vivo e vitale. Dovrebbe anche astenersi dallo stabilire contratti d'affitto, sebbene per una durata minore di nove anni, a meno che ve ne fosse necessità o evidente vantaggio per l'amministrazione.

Il *Borsari* ha giustamente avvertita la opportunità che " il tribunale deputando il curatore dichiari le sue attri- " buzioni, che varie possono applicarsi secondo le circo- " stanze ". Il tribunale stesso non potrebbe però mai assegnare al curatore attribuzioni le quali uscissero dai limiti sopra indicati, che sono proprii essenzialmente di tale ufficio.

337. La vigilanza sulla vedova per prevenire una supposizione od una soppressione di parto, od una sostituzione di figlio, dev'essere esercitata dal curatore con tali riguardi che sia rispettata la libertà individuale della donna, nè sia offesa in lei la moralità e la delicatezza dei sentimenti. E ben s'intende che non potrebb'essere lecito al curatore l'esercitare sulla persona della vedova nessuna specie d'autorità, nè, per esempio, il prescriverle un luogo in cui dovesse abitare.

D'altra parte però l'indole dell'ufficio assegnato al cura-

tore rende indispensabile l'attribuirgli quelle facoltà senza le quali l'ufficio stesso non raggiungerebbe lo scopo per cui è istituito; per esempio visitare, anche a frequenti intervalli, la vedova, assistere al parto, praticare le indagini e prendere le precauzioni tendenti a scoprire e prevenire le frodi di cui si avessero fondati sospetti. In ogni caso le contestazioni che sorgessero intorno a tutto ciò tra il curatore e la vedova dovrebbero essere risolte dal tribunale, sovra ricorso dell'uno o dell'altra, stabilendo quei provvedimenti che le circostanze potessero consigliare come più opportuni a sciogliere le difficoltà, a troncare i conflitti, a proteggere equamente gl'interessi del nascituro e dei terzi, conciliandoli col rispetto dovuto alla moralità ed alla libertà individuale.

338. (*d*) L'istituzione del curatore al ventre essendo stabilita sulla base d'un fatto transitorio, è chiaro che al cessare di tal fatto deve pur finire la curatela. O sia accertato che la vedova non sia incinta, come si riteneva, od almeno si sospettava; o avvenga l'aborto; o il figlio nasca a termine, ma morto o non vitale; la curatela non ha più alcuna ragion d'essere. Il figlio, a tutela del quale principalmente era nominato il curatore, non ha mai avuto alcuna capacità giuridica, non si sono verificati diritti per lui. La curatela non ha quindi potuto giovare che all'altro suo scopo, di conservare i beni, sui quali sono riserbati diritti eventuali pel nascituro, a vantaggio di coloro ai quali, in mancanza di lui, quei beni stessi dovevansi devolvere. Ma costoro, appena rimossa quella eventualità che teneva in sospeso i loro diritti, entrano immediatamente nell'esercizio diretto delle proprie ragioni, epperò l'ufficio del curatore è esaurito.

Se poi il figlio nasce vivo e vitale, egli è soggetto alla patria potestà della madre; la quale deve assumerne immediatamente anche l'esercizio, essendo cessati del tutto i motivi che durante la gestione avevano fatto derogare ai

principii comuni deferendo ad un curatore, invece della madre stessa, la rappresentanza del nascituro.

In tutti questi casi ugualmente l'ufficio del curatore al ventre finisce dunque di diritto. Ciò, ben s'intende, non esonera il curatore dal dover continuare nella gestione che gli era stata affidata finchè gl'interessati non siano posti in grado d'intraprenderla essi medesimi. È questo un principio generale per l'amministrazione dei beni altrui; e dell'applicabilità di esso anche al caso presente non pare che debbasi dubitare.

Altrettanto certo è, pei medesimi principii generali, che finita la sua gestione il curatore dovrebbe renderne conto agli interessati; alla madre, cioè, come rappresentante del figlio, se questi sia nato vivo e vitale; od altrimenti a coloro ai quali si sono devoluti i beni.

CAPO III.

Delle cause per le quali finisce la patria potestà.

Sommario. — 339. Considerazioni generali sulle cause di cessazione della patria potestà. — 340. Quali fra quelle cause facciano cessare la patria potestà assolutamente, e quali relativamente soltanto ad uno dei genitori. In quali casi la cessazione della patria potestà sia revocabile.

339. Dei modi di estinzione della patria potestà abbiam dovuto parlare per incidenza in parecchi luoghi di questo titolo, e più specialmente trattando delle cause per cui finiscono l'amministrazione legale e il diritto d'usufrutto dalla patria potestà dipendenti. Potremo pertanto esser brevissimi in questa esposizione finale, in cui ci limiteremo ad indicare e classificare le cause per le quali finisce la patria potestà; riferendoci pel resto alle teorie sviluppate altrove, circa gli effetti che ne derivano, sia in ordine all'usufrutto legale, sia in ordine all'amministrazione dei beni del figlio ed al rendiconto che è tenuto a darne il genitore.

La patria potestà si estingue per le cause seguenti:

1° la morte dei genitori;

2° la morte del figlio;

3° la maggiore età del figlio;

4° l'emancipazione di lui;

5° le condanne penali che per disposizione espressa di legge abbiano per effetto la privazione dei diritti di patria potestà;

6° l'assenza dichiarata dei genitori.

Alcuni dei commentatori del codice nostro hanno aggiunto altre tre cause; cioè, l'*assenza* anche semplicemente

presunta, l'*interdizione giudiziale* dei genitori, e l'*abuso* da essi commesso nell'esercizio del loro ufficio, coll'avvertenza però che la estinzione del diritto di patria potestà, per le due prime delle cause predette, sia revocabile nei casi di cessazione della assenza o di proscioglimento del genitore dalla interdizione.

Ma l'errore di queste aggiunte è troppo evidente. V'è un testo in cui sono stabilite espressamente le cause, che estinguendo la patria potestà fanno luogo ad aprirsi pel figlio tuttora minorenne e non emancipato lo stato di tutela. Ed è l'articolo 241; che contempla anche l'*assenza dichiarata* dei genitori, ma non quella semplicemente *presunta*. Per questa, infatti provvede l'art. 47 collo stabilire che se neppur la madre sia superstite, ovvero si trovi per qualunque causa nella impossibilità di esercitare la patria potestà, *la cura dei figli debba essere conferita agli ascendenti prossimi, e in loro mancanza ad un tutore temporaneo*. Si riconosce dunque che la patria potestà del genitore assente non è giuridicamente estinta, poichè non si fa luogo all'aprimento d'un nuovo stato di tutela, e solo si provvede temporaneamente alla cura dei figli. L'interdizione giudiziale del genitore non può esser causa di privazione in suo danno del diritto di patria potestà; ma costituisce soltanto un impedimento legale all'esercizio di essa, impedimento momentaneo anch'esso, che può cessare da un istante all'altro colla rivocazione della interdizione, e che intanto dà luogo pei figli, non già all'aprimento d'un vero stato di tutela, ma solo alla nomina d'un *tutore temporaneo* (1). Quanto all'*abuso* abbiam già dimostrato come, a tenore dell'art. 233, esso faccia luogo a potere il tribunale affidare la cura delle persone dei figli ad un tutore, o l'amministrazione dei loro beni ad un curatore, o prendere altri provvedimenti che siano reputati opportuni nell'interesse dei figli medesimi; ma non estingue mai il diritto di patria potestà, di cui il

(1) V. sopra, n. 155, pag. 332-334.

genitore colpevole continua anche ad esercitare tutti quegli attributi pei quali non gli siano state imposte dal tribunale speciali ed espresse limitazioni, entro i confini di quelle facoltà che sono determinate in proposito dalla legge.

Le sole cause che producano vera estinzione del diritto di patria potestà sono pertanto quelle che abbiamo sopra enumerate, e che risultano da testi espressi di legge. Ed è ben chiara la necessità di ciò; poichè si tratta di un diritto, che essendo una mera creazione della legge positiva, è in assoluto dominio di essa, nè quindi, una volta costituito, può neppur cessare se non per cause dalla legge medesima stabilite. Le prime due delle cause surricordate non furono espressamente indicate nel testo legislativo, perchè ciò sarebbe stato superfluo, essendo troppo evidente per sè la impossibilità che continuasse a sussistere il diritto di patria potestà quando venisse a mancarne il soggetto attivo o passivo. Ma ben fu espresso che la patria potestà non dura che *fino all'età maggiore od all'emancipazione* del figlio (art. 220, § 2, cod. civile); che la *dichiarazione d'assenza* dei genitori pone fine alla patria potestà *facendo aprire lo stato di tutela* (art. 241 cod. civ.); che lo stesso può avvenire *per effetto di condanna penale* (d° articolo 241). Quali poi siano queste condanne penali risulta dall'art. 33 cod. pen., nei capov. 1 e 2 del quale è dichiarato, che " la condanna all'ergastolo priva inoltre il condannato della patria potestà, dell'autorità maritale..... Nella condanna alla reclusione per un tempo maggiore dei cinque anni può aggiungersi la privazione della patria potestà e dell'autorità maritale, durante la pena „; e dall'art. 349 cod. pen. in cui è stabilito che " la condanna per alcuno dei delitti preveduti negli art. 331, 332, 333, 335, 337, 345, 346, 347 ha per effetto, quanto agli ascendenti, la perdita d'ogni diritto, che, per tale qualità, sia loro conceduto dalla legge sulle persone e sui beni dei discendenti a pregiudizio dei quali abbiano commesso il delitto..... „.

340. Delle cause, dalle quali dicemmo derivare la estinzione del diritto di patria potestà, alcune la producono sempre assolutamente; e sono la morte del figlio, la maggiore età e la emancipazione di lui. Altre possono pure produrre la estinzione assoluta della patria potestà, se, quando esse si verificano per uno dei genitori, anche nell'altro sia cessata quella potestà, sia poi per identica o per diversa causa; ma all'opposto l'estinzione della patria potestà può essere relativa ad uno soltanto dei genitori, se verificandosi rispetto a lui una delle cause di cui ora parliamo, rimanga l'altro genitore superstite e capace di continuare od assumere l'esercizio della patria potestà. Così avviene per la *morte* di uno dei genitori (art. 220, § 4, codice civile), per l'*assenza dichiarata* di lui (arg. art. 241 codice civ.), per la condanna d'uno dei genitori a pene che producano accessoriamente la privazione del diritto di patria potestà (art. 220, § 3, cod. civile).

Sott'altro rispetto può notarsi ancora che l'estinzione o assoluta o relativa della patria potestà è generalmente definitiva e irreparabile, quando siasi verificata alcuna delle cause sovra menzionate; ma eccezionalmente può essere revocabile la cessazione della patria potestà, quando sia avvenuta per emancipazione formale del figlio — il quale venga poi privato di tale benefizio, a norma dell'art. 321 codice civile, e debba quindi *rientrare sotto la patria potestà*, come si esprime l'articolo stesso — o per assenza *dichiarata del genitore, la quale assenza* venga poi a cessare.

FINE DEL VOLUME VII.

INDICE DEI TITOLI, CAPI E SOMMARII

contenuti in questo Volume VII

Titolo VII.

DELL'ADOZIONE

Nozioni generali.

CAPO I.

Delle condizioni intrinseche dell'adozione.

Sezione I.

Delle condizioni richieste nella persona dell'adottante.

Sezione II.

Delle condizioni richieste nella persona dell'adottando.

Sezione III.

Delle condizioni di capacità relativa per potere adottare ed essere adottato.

Sezione IV.

Di alcuni principii comuni per tutte le condizioni intrinseche dell'adozione.

CAPO II.

Delle solennità estrinseche dell'adozione.

CAPO III.

Delle conseguenze derivanti dall'inadempimento delle condizioni intrinseche ed estrinseche dell'adozione.

CAPO IV.

Degli effetti dell'adozione.

Nozioni generali.

Sezione I.

Degli effetti dell'adozione nei rapporti dello stato personale.

Sezione II.

Degli effetti dell'adozione nei rapporti d'interesse pecuniario.

Titolo VIII.

DELLA PATRIA POTESTÀ

Nozioni generali.

CAPO I.

Delle persone alle quali è attribuito dalla legge il godimento e l'esercizio della patria potestà.

CAPO II.

Degli effetti della patria potestà.

Nozioni generali.

Sezione I.

Dei diritti del genitore, che esercita la patria potestà, sulla persona del figlio.

Nozioni generali.

§ I. — *Del diritto di educazione.*

§ II. — *Del diritto di custodia.*

I.

Della rappresentanza dei figli soggetti a patria potestà.

II.

Degli atti di amministrazione semplice.

III.

Degli atti che eccedono i limiti della semplice amministrazione.

B) *Della nullità degli atti fatti in contravvenzione alle leggi regolatrici dell'amministrazione legale dei beni del figlio soggetto a patria potestà.*

C) *Delle cause per le quali cessa l'amministrazione legale e del rendiconto.*

§ II. — *Dell'usufrutto legale sui beni dei figli soggetti a patria potestà.*

Nozioni generali.

§ III. — *Delle limitazioni stabilite dalla legge all'esercizio della patria potestà da parte della madre, pel caso ch'ella passi a nuovo matrimonio.*

§ IV. — *Del curatore al ventre.*

CAPO III.

Delle cause per le quali finisce la patria potestà

INDICE DEGLI ARTICOLI DEL CODICE CIVILE

spiegati nel volume VII.